الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه أبي بكر بن عبد الله
ابن يونس الصقلي
المتوفى ٤٥١ هـ

وإتمامًا للفائدة
ألحقنا بآخر الكتاب «كتاب الفرائض» للمؤلف رحمه الله

اعتنى به
أبو الفضل الدمياطي «أحمد بن علي» عفا الله عنه

تقديم
الشيخ العلامة الأستاذ الدكتور
أحمد بن منصور آل سبالك حفظه الله

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية:

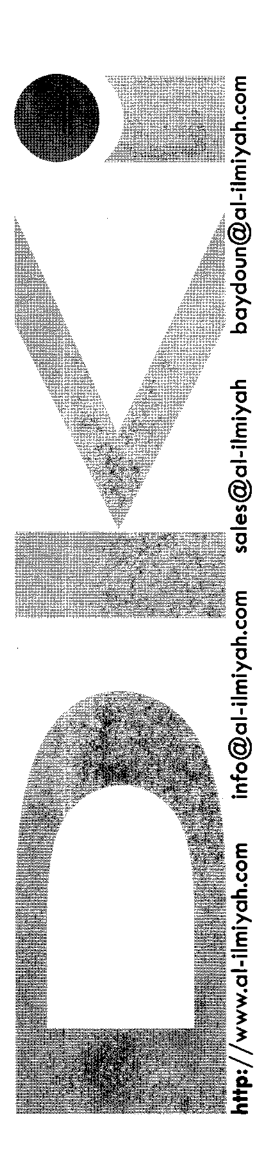
المكاتب الثاني - أمهات الأولاد - الولاء والمواريث -
النكاح - الرضاع - إرخاء الستور - الخلع -
طلاق السنة والعدة - الأيمان بالطلاق - الظهار - التخيير والتمليك

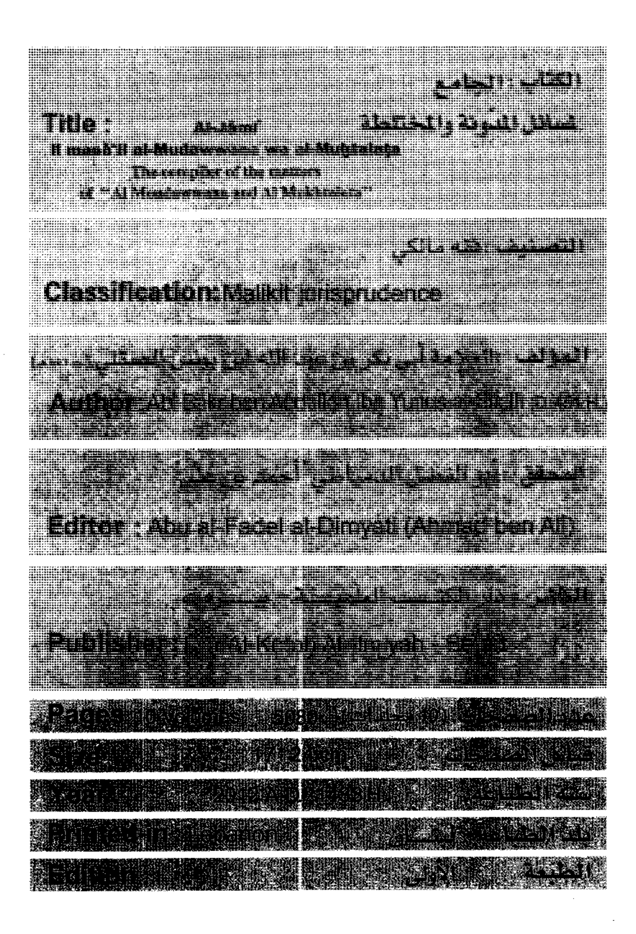


أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



الجامع
لمسائل المدونة والمختلطة





الكتاب: الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

Title :

التصنيف: فقه مالكي

Classification: Malikit jurisprudence

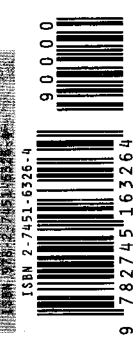
المحقق: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي

Editor : Abu al-Fadel al-Dimyati (Ahmad ben Ali)

Printed in: Lebanon — بلد الطباعة: لبنان

Edition — الطبعة: الأولى





بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرًا

كتاب المكاتب الثاني

في إسلام أحد مكاتبى الذمي وهروب مكاتبه إلى بلد الحرب

قال ابن القاسم : وإذا كاتب النصراني عبدين له نصرانيين كتابة واحدة ، فأسلم أحدهما .

فأحسن ذلك عندي : أن تباع كتابتهما جميعًا من مسلم ، ولا يعرضا لعقد الحمالة رضيا أو كرها، وكذلك إن كاتب عبدًا له نصرانيًا ، فولد لمكاتبه ولد كتابته من أمته ، ثم أسلم ذلك الولد دون أبيه ، فإن كتابتهما جميعًا .

م : معنى قوله : رضيا أو كرهًا : أي رضيا ببيع المسلم وحده لأجل الحمالة ، فلذلك لم يجز لأنهما يصيران مكاتبين لرجلين ، أحدهما حميل بصاحبه .

وأما لو رضوا بحل الحمالة وفضوض الكتابة ، وعلما ما يقع لكل واحد منهما لجاز للسيد بيع كتابة المسلم منهما .

كما لو أعتق السيد أحدهما ورضى بذلك صاحبه إنه يجوز .

ويحتمل أن يكون إنما أجاز في العتق خاصة لحريته ، ويستأنس لا يجيزه في البيع ولو رضيا ، ويحتمل الحمالة لقول ربيعة : الذى لا يجيزه في العتق وإن رضوا والله أعلم .

فصل

قال ابن القاسم : وإن علمنا مكاتبًا أسلم أو لد في هرب أو أسر رد إلى سيده إن عرف سيده غاب أو حضر، ولا يقسم ، وإن عرف أنه مكاتب ولم يعرف سيده أقر على كتابته ، وبيعت كتابته في المقاسم مغنمًا ، ويؤديه إلى من صار إليه ، فإن أدى كان حرًا وولاؤه للمسلمين ، وإن عجز رق لمن صار له .

وإن لم يعلم أنه مكاتب ولا علم سيده فبيعت رقبته في المغانم ، ثم أتى سيده .

قال في « العتبية » : يقال للمكاتب : أدِ ما اشتراك به هذا ، وقم بنجومك ، فإن فعل ذلك فذلك له وإن ألقى بيده وعجز نفسه ، قيل للسيد : فإن شئت فافده ، وهو عبدك لا كتابة فيه ، أو فأسلمه رقيقًا للذى هو في يده كالجناية . وفي كتاب الجهاد إيعاب هذا .

باب في الدعوى في الكتابة وبعثها إلى السيد

قال ابن القاسم : وإذا قال السيد لمكاتبه قد حل نجم . وقال المكاتب : لم يحل، فالقول قول المكاتب ، لأنه غارم .

كقول مالك : فيمن اكترى داره سنة بدنانير إلى سنة ، فادعى حلولها ، فالمكترين أو المبتاع مصدق ، وإن كذبه .

ابن القاسم : وإن اتفقا أن الكتابة خمسون ، وقال المكاتب : نجمتها عليّ في عشرة أنجم ، في كل نجم خمسة ، وقال السيد : بل في خمسة أنجم في كل نجم عشرة ، صدق المكاتب مع يمينه ، فإن أتيا ببينة قضيت بأعدلها أو إن تكافآ صدق المكاتب ، وكانا كمن لا بينة لهما ، وقاله أشهب .

وقال غيره : نقضى ببينة السيد ، لأنها زادت .

ألا ترى : لو قال السيد : الكتابة ألف درهم ، وقال المكاتب : تسعمائة ، صدق المكاتب .

وإن أتيا ببينة قضى ببينة السيد ، لأنها زادت .

وهذا الذى احتج به الغير من اختلافهما في عدد مال الكتابة خاصة لا يخالفه فيه ابن القاسم ، ولا يلزمه به في مسألة اختلافهما في عدد النجوم حجة ، لأن كل بينة فيها قد زادت ببينة المكاتب ، زادت عدد النجوم ، فانتفع بالتأخير ، وبقلة ما يقع لكل نجم لقلة النجوم ، فيجب عند تكافئهما أن يسقط ، وأما في اختلافهما في عدد في اختلاف المال خاصة فبينة السيد قد انفردت بالزيادة ، فلذلك قضى بها .

ومن « المدونة »[1] : **قال ابن القاسم** : وإذا ادعى المكاتب أنه كوتب بمائة . وقال السيد : بمائتين ، صدق المكاتب إن أشبه قوله لأن الكتابة فوت ، ولأن مالكًا قال : فيمن اشترى سلعة عبدًا فكاتبه أو دبره أو أعتقه ، واختلفا في الثمن إن القول قول المشترى ، لأنه فوت .

---

(١) تهذيب مسائل المدونة ٢/ ٩ ـ رقم ٢١٤٤ .

محمد بن عبد الحكم : قال : اختلف في ذلك أقوال ابن القاسم وأشهب .

فقال أشهب : القول قول السيد ، والحجة له أنه يقول : أنت مملوكي فلا تخرج إلى المكاتب إلا بما أقر لك ، وذلك كالبيع يختلفان فيه ، فالقول قول البائع والمبتاع يخير .

والحجة لابن القاسم في قوله : أن القول قول المكاتب : أن الكتابة قد وجبت وهي فوت ، فالسيد يدعي فضلاً والعبد ينكر ، فالبينة على المدعي ، وعلى المنكر اليمين [ق / ١ / ٣ ب] .

واختار ابن المواز : قول ابن القاسم ، واحتج بمثل حجته في « المدونة » .

ومن « المدونة » [1] : **قال ابن القاسم** : وكان مالك مرة يقول : إذا قبض المبتاع السلعة وبان بها وهي قائمة بعينها فهو مصدق في الثمن مع يمينه .

ثم رجع إلى أن يتحالفا أو يترادا ، إن لم تفت السلعة بحوالة سوق فأعلى .

ابن حبيب عن أصبغ : فيمن قاطع عبده على مائة ، وقال : هي حالة ، وقال العبد : إلى أجل ، فالسيد مصدق مع يمينه .

ولو كاتبه على مائة ، فقال : هي حالة . وقال العبد : منجمة ، صدق العبد مع يمينه ، لأن سنة القطاعة التعجيل ، وسنة الكتابة التنجيم ، وهو العرف فيها ، فمن ادعى العرف فالقول قوله حلف وقضى بما ادعى ، فإن نكل حلف الآخر وقضى بما ادعى ، فإن نكل لزمه ما ادعى عليه به ، وذلك كاختلاف المتبايعين هو فوت السلعة ، لأن القطاعة والكتابة فوت .

وهذا قول ابن القاسم في اختلاف المتبايعين ، يدعي البائع الحلول ، والمبتاع الأجل ، فالقول قول البائع .

وأما على قوله : فالقول قول المبتاع ، فيجب أن يكون القول قول العبد لأن القطاعة فوت ، كفوت السلعة .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : وإذا بعث المكاتب بكتابته إلى سيدها وأنكر قبضها ، أو أن يقيم الرسول بينة فالدفع ضمن ، كمن بعث بدين عليه ، أو امرأة اختلعت من زوجها بمال فبعثت إليه به ، فإن لم يقم الرسول ببينة بالدفع ، وإلا ضمن .

---

(١) تهذيب مسائل المدونة ٢/ ٩ ـ رقم ٢١٤٤ .

وقاله مالك .

ما يحل ويحرم في الكتابة من خيار أو رهن أو حمالة

قال ابن القاسم :ومن كاتب عبده عن أن السيد أو العبد بالخيار يومًا أو شراء ، فلا بأس به ، والخيار في الكتابة جائز كالبيع .

ومن كاتب أمته على أن أحدهما بالخيار ، فولدت ولدًا في أيام الخيار ، دخل الولد في الخيار الكتابة معها ، فإن كان الخيار لها كانت وولدها على الكتابة إن أحبت، وإن كرهت رجعت رقيقًا .

وإن كان الخيار للسيد فله أن يدخل ولدها معها في إمضاء البيع ، ورده لمن له الخيار بالثمن المشروط ، ولا شيء على المبتاع من نقص الولادة إن ردها ، وولد المكاتبة في أيام الخيار أبين في دخوله معها في الكتابة على ما وصفنا .

وقال أشهب : الولد للسيد ولا يدخل في الكتابة إذ لم تتم إلا بعد الولادة ، وكذلك أرش جنايتها وما وهب لها فهو لمالكها قبل وجوب الكتابة، وكذلك الولد في البيع للبائع ، ولا ينبغي للمبتاع أن يختار البيع للتفرقة ، فإن اختاره وقبض الأم ، قيل لها : إما أن يضم المشترى الولد إلى أمه ويأخذ البائع الأم فيجمعان بينهما في حوز أحدهما ، وإلا نقضتا البيع .

قال ابن القاسم : وأما ما وهب للمرأة أو تصدق به عليها في أيام الخيار فهو للبائع ، بخلاف الولد ، وهذا رجوع من ابن القاسم إلى قول أشهب .

لأن أشهب يرى في بيع الخيار إنما انعقد يوم الخيار ، ووقع الاختيار ، فما ولدت أو وهب لها أو جنى عليها ما أخذت له أرشًا فللبائع ، لأن البيع إنما انعقد بعد ذلك .

وابن القاسم يرى : إذا اختار البيع من له الاختيار ، فكأنه إنما أمضى العقد الأول ، فكأن البيع لم يزل منعقدًا من حينئذ ، فلذلك جعل الولد للمبتاع ومع المكاتبة ، وكذلك كان يجب ما وهب لها وأرش ما جنى عليها للمبتاع .

وأراه إنما فرق بينهما ، أنه لما ترجح وقف انعقاد البيع كان مال العبد في البيع للبائع ، جعل ما طرأ له من مال في أيام الخيار لمن له المال ، والولد لمن تكون الأم .

وقول أشهب أبين وأقيس ، وبه أقول .

ابن القاسم : وكذلك أرش ما جنى عليها في أيام الخيار ، أو في عهدة الثلاث،

فإما أخذها معيبة بجميع الثمن أو يردها .

قال مالك : ولو هلك جميع مال العبد في عهدة الثلاث وقد بيع به ، لم يكن للمبتاع رد العبد ، ولا يرجع بشيء .

ولو هلك العبد في الثلاث انتقض البيع ، وعلى المبتاع رد ماله وليس له التمليك به ودفع الثمن ، بخلاف ما دخله من عيب ، هذا له أن يرده ، وما له أن يمسكه وماله، لأن مال العبد إنما هو مستثنى للعبد ، فمتى انتقض البيع في العبد انتقض في ماله ، وهذا مستوعب في كتاب « بيع الخيار » .

ومن اشترى عبداً واستثنى ماله ، كان ما وهب له في باب الخيار له لا للبائع ، لأنه استثنى ما عنده ، وما يصح له من كسب ، وهذا هو المعروف من [ ] وإنما وقع في « الموازية » في العبد الرهن ، يرتهن بماله فيوهب له مال ، أن ما وهب له لا يدخل في الرهن .

أبو إسحاق : وفي ذلك نظر ، ولعل هذا المفهوم في الرهن إذ رقبته لم تخرج من ملك سيده .

والفرق بينهما عندى : أن مال العبد في البيع للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، وأما ولد الأمة في البيع فلا يكون إلا معها للتفرقة .

فصل

قال ابن القاسم : وكذلك أرش ما جنى عليها في أيام الخيار ، أو في عهدة الثلاث فهو للبائع ، لأن منه ضمانها وعليه نفقتها ، والمبتاع بالخيار في أخذها معيبة بجميع الثمن ، أو ردها ، وكذلك إذا دخلها عيب في أيام الخيار ، أو في عهدة الثلاث ، فإما أخذها معيبة بجميع الثمن أو ردها .

قال مالك : ولو هلك مال العبد في عهدة الثلاث انتقض البيع ، وعلى المبتاع رد ماله ، وليس له التمسك به ودفع الثمن ، بخلاف ما دخله من عيب ، هذا له أن يرده وماله ، أو يمسكه وماله .

فصل

قال مالك : وما كاتب عبده وأخذ منه عند الكتابة رهنا يملكه مما يعاب عليه ، فضاع بيد السيد ، فإنه يضمن قيمته ، فإن ساوت الكتابة عتق مكانه ، وكانت

قصاصًا .

قال ابن المواز : لأنى لو أغرمت السيد ذلك ، لم أدفعه إلى المكاتب حتى تحل النجوم ، إلا أن يأتى المكاتب برهن فيه مكانه ، فيأخذ ذلك ويثبت على كتابته ، فإن لم يأت به تعجل ذلك سيده ،وجعل ذلك من أول نجم ، وإن لم يكن كفافًا للكتابة، ولم يكن على المكاتب شيء حتى تنقضى نجوم ذلك ، وإن كان فيه فضل عتق واحد الفضل من يده .

ومن « المدونة » : وإن أفلس السيد أو مات نظر إلى الرهن ، فإن كان في عقد الكتابة ، بشرط فهو إشراع من السيد لا يحاص به غرماء سيده ، كما لو كاتبه على إن سلف سيده دنانير أو باعه بيعًا بثمن مؤجل فذلك إشراع لا يحاص به ، ولو وجد الرهن بعينه في فلس أو موت فلا شيء له فيه ، ولا محاصة له به ، ولا لغرماء المكاتب فيه شيء ، ولو كان الرهن بعد عقد الكتابة لنجم حل أو نحوه ، فللمكاتب أخذه إن وجده بعينه ، والمحاصة بقيمته إن لم يجده ، فما صار له كان قصاصًا مما حل عليه ، وما بقى له من قيمته مع ذمة السيد يقاص به المكاتب فيما يحل عليه ، وفي « الموازية » : وما صار له في المحاصة قوصص به فيما حل عليه .

ابن المواز : فيأخذه الغرماء ، ثم تباع لهم بقية الكتابة [ق/ ٢ / ٣ ب] فإن أدى كان حرًا ، وإن عجز رق للمشترى كله ، وأتبع المولى ببقية قيمة رهنه .

م : وإذا بيعت كتابته فله أن يحاص الغرماء في ثمنها ، كما كان يحاصهم فيما بيده .

م : يريد : فإذا حاصهم فيما بيده فنابه أكثر مما حصل عليه ، فليحسب ذلك من أول نجم ، ثم مما يليه .

وإن كان فيه كفاف ما عليه من الكتابة عتق مكانه وكان قصاصًا ، لأنى لا أدفع ذلك للمكاتب حتى تحل النجوم إلا أن يأتى المكاتب برهن ثقة مكانه ، فيأخذ ذلك مكانه ، وليثبت على كتابته فذلك له ، ويتبع السيد بما بقى له من قيمة رهنه .

ولو كاتبه بمائة فرهنه بها رهنًا قيمته مائتان فضاع بيد السيد ، وعلى السيد دين له حل مائتان ، ففلسه الغريم ، فوجد بيد السيد مائتين ، فليحاص المكاتب فيها بقيمة رهنه ، فإن شاء المكاتب تعجيل العتق بما يقع له ، قال له الغريم : عليك من الكتابة

مائة ، فأخذنا من هذه المائتين مائة أيضًا ، فيتحاصان في المائة الثانية ، فيقع للمكاتب خمسون فيأخذها ، ويخرج حرًا ، ويتبع السيد بخمسين بقية قيمة رهنه ، وإن شاء المكاتب أخذ ما يقع له من الحصاص ، ويأتي برهن مكانه ، ويؤدى على نجومه ، إلا أن يكون حل عليه شيء منها ، فيأخذ الغريم مائتين مثل الذى حل على المكاتب ، ويتحاصان فيما بقى ، ويأتى المكاتب برهن مثل ما يقع له في الحصاص ، فهذا وجه الحصاص وتفسيره .

أشهب في « المدونة » : ليس ذلك انتزاعًا ،كان الرهن في أصل الكتابة أو بعدها، ويضمنه السيد إن لم يقم ببينة بهلاكه .

فإن كانت القيمة دنانير والكتابة دنانير تقاصا، لأن في وقف القيمة ضررًا عليهما، إلا أن يتهم السيد بالعداء على الرهن ليعجل الكتابة قبل وقتها ، فتوقف القيمة بيد عدل .

وإن كانت الكتابة عرضًا أو طعامًا أوقفت القيمة لرجاء رخص ما عليه عند محله ويحاص الغرماء بالقيمة في الفلس والموت .

وذهب ابن المواز : إلى أن له الحصاص به ، وإن كان فى أصل الكتابة .

قال : لأنه وإن اشترط رهنًا فهو مال للمكاتب لم يشترطه السيد للميت لنفسه ، بل اشترط أنه للمكاتب ، فلا يظلم ، وما نابه في الحصاص فليس للسيد أن يتعجله لنفسه ، ولا لغرمائه ويكون رهنًا .

وكذلك لو كاتبه على أن يسلفه أو يبيعه سلعة محلها إلى أبعد الكتابة ففلس السيد ، كان له أن يحاص بقيمتها حالاً ، ويقبض ذلك المكاتب ، إلا أن يكون قد حل عليه شيء من نجومه ، فليقاصه بذلك .

م : سئل ابن القابسى عن وجه قول ابن القاسم : إذا كان الرهن أصل الكتابة ، فضاع الرهن ، أنه يرجع عليه بقيمته ، ما لم يفلس فإذا فلس لم يرجع عليه ورآه لانتزاع فإن كان انتزاعًا فليلزمه أن يقول : لا شيء للمكاتب فيه ، وإن لم يفلس ، وإن لم يره انتزاعاً ، فللمكاتب أن يحاص به غرماء سيده .

فقال ابن القابسي : إذا اشترطه فحاص الكتابة فكأنه أشرعه .

وقوله: هو رهن كأنه وعده أنه يرده إليه بقدر وفاء الكتابة، فصار كالهبة له منه،

يقوم عليه بها ، ما لم يعلم .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ولا يجوز أن يكاتبه ويرتهن رهنًا من غير المكاتب ، فيصير كالحمالة ، وذلك لا يجوز .

ابن المواز : لا يجوز الرهن بالكتابة ، إلا أن يكون للعبد ، فيكون بمنزلة جملة المكاتبين بعضهم ببعض في كتابة واحدة ، وإن كان من غير ملك العبد ، ولم يعلم السيد كان كالحمالة ، غيره بها ، فالسيد بالخيار إن شاء أن يمضى الكتابة بلا رهن ، فذلك له ، لأن الرهن لجعالة ، وإن أبى نقض الكتابة .

ابن المواز : إلا أن تؤدى جل الكتابة فلا يفسخ ويفسخ الرهن .

قال : ولو علم السيد أن الدين ليس لعبده ، فسخ الرهن ولم تفسخ الكتابة .

فصل

ومن « المدونة » : **قال مالك** : الأمر المجتمع عليه عندنا أن العبد إذا كاتبه سيده لم ينبغ أن يحتمل له أحد بكتابة عبده إن مات العبد أو عجز ، وليس هذا من سنة المسلمين ، لأن الكتابة ليست بدين ثابت .

وإن مات المكاتب أو عجز لم ينتفع الحمل بما أدى عنه في عتق ولا رق يملكه هو، وهذا من أكل المال بالباطل .

قال غيره :ولأن سنتها ، إلا أن تكون في ذمة وإجازة الضمان فيها إحراق لها إلى الذمة ، ثم ليس للضامن أن يرجع بما أدى في ذمة العبد ، فلم تجزه ، وضمان أحد المكاتبين عن الآخر جائز بخلاف الأجنبى لأنه إنما ضمن ملكه عن ملكه .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا بأس بالحمالة بالكتابة كما لو تحمل رجل عن عبد غير مأذون له في التجارة بمال ، أو عن رجل في ولاية ، وهو يعلم بشيء اشتراه أحدهما ، أن ذلك يلزمه ، وإن ذهب ماله باطلا فهو الذى رضى بهذا . ولا أعلم أن لي في هذا القول رواية .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ومن زوج مكاتبته لرجل ، على أن ضمن له كتابتها ، فولدت منه بنتا ، ثم ملك الزوج ، فالحمالة باطلة ، وتبقى الكتابة على حالها ، وابنتها أمة لا ترث أباها ، وميراثه لأقرب الناس منه .

ابن المواز : قال ابن القاسم : إذا لم يؤد الحمالة حتى مات وترك مالاً كثيراً ، فلا يؤخذ ذلك من ماله بعد موته .

ابن المواز : لأنه شيء ، ولم يحكم عليه به في حياته ، إلا أنه لو أدى ذلك حتى تعتق ويفوت ذلك جاز للسيد ، ورجع به الزوج عليها ، ورجعت هي عليه فصدق مثلها يوم وقع النكاح ، فيتقاصان فمن كان له فضل أخذه من صاحبه ، وفي المكاتب الأول شيء من هذا .

فيمن ورث شقصًا من مكاتب يعتق عليه أو أوصى له به

قال ابن القاسم : وإذا ورثت مع أخيك لأبيك مكاتبًا هو أخوك لأمك وضع عنك حصتك ، وسعى لأخيك في نصيبه ، وخرج حرًا ، وإن عجز عتقت عليك حصتك فيه ، ولا يقوم عليه ، وأوصى لك به فقبلته ، فإن المكاتب إن لم يكن له مال ظاهر فهو مخير ، في أن يعجز نفسه ويقوم عليك باقيه ويعتق كله إن كان لك مال ، وإن لم يكن لك مال عتق منه نصيبك ورق باقيه لشريكك فيه ، وإن شاء ثبت على كتابته ، وحطت عنه حصتك منها ، فإن أدى فولاؤه لما فدها ، وإن عجز قوم باقيه عليك إن كنت مليًا ، وإن لم يكن لك مال عتق منه نصيبك ورق باقيه ، مثل إذا عجز نفسه ولا مال له سواه .

قال : وليس له أن يعجز نفسه إن كان له مال ظاهر للتقويم عليك .

م : إن قيل : ما الفرق بين ما وهب بعض مكاتب فمن يعتق عليه فقبله ، وبين من أعتق حصته من مكاتب بينه وبين أجرانه جعل عتقه في هذا وضع مال ، وأنه إن عجز لا يعتق عليه حصته ، ولا تقوم عليه [ق/ ٣ / ٣ ب] حصة صاحبه ، وفي أنه وهب له بعض مكاتب ممن يعتق عليه إن عجز يقوم عليه بقيته .

قيل : الفرق بينهما : أن من يعتق عليه لما كان لا يستقر عليه ملكه عليه ، وإن عجز ولابد من عتقه جعلنا قبوله لما وهب له منه فضل للعتق لتلك الحصة من الرقبة، والأجر هو ممن إذا عجز يجوز له ملكه ، وهو الآن لا يملكه منه ، إلا مالاً فإنما عتقه إياه وضع مال .

قال : ولو فضل إلى عتق الرقبة فيه ، وأنه إن عجز كان ذلك الشقص حرًا ، ولاستوت المسألتان .

قيل لابن القاسم : فلم إذا قبله ولم يعجز نفسه لوضع عنه حصته ، وهو لم يملك منه رقًا ، ولو أدى لكان ولاؤه لعاقد كتابته .

قال : لأنه لو عجز وصار له عتق عليه ، وإذا عجز يقوم على الأخ بقيته ، يكون ولاء هذا النصف للأخ ، وولاء النصف الموهوب ، لأنه لو وهبه جميعه لعتقه، وكان ولاؤه للواهب ، فكذلك هبة نصفه .

وأما النصف الذى عتق على الأخ فولاؤه له ، لأنه عتق عليه بعد أن صار رقًا .

فيمن يدخل في الكتابة بالولادة والشراء من القرابة

قال مالك : وكل ما ولد للمكاتب من أمته مما حملت به بعد الكتابة دخل في كتابته، وصاروا بمنزلته لا يعتقون إلا بأدائها ، وإن بلغوا جازت بيوعهم وقسمتهم بغير إذنه ، إن كانوا مأمونين ، وليس له شراؤه إياهم بغير إذن السيد ، إذ لا يمنعه السيد من وطء أمته ، ولا استحداث الولد منها .

قال : فكل ولد ولده منها قبل الكتابة أو كوتبت وأمته حامل منه ، فلا يدخل ذلك الولد في كتابته ، إلا إن كاتبه عليه .

ابن القاسم في « العتبية » : وأما إن كانت أمته وبها حمل علم به أو لم يعلم به، فإنه يدخل معها في الكتابة .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك : فإن خافت العجز لم يبع ولدها الذى حدث في الكتابة ، إلا بإذن السيد .

أشهب : وكذلك المكاتب في بيع ولده من أمته ، وكذلك في سماع أشهب .

قال ابن المواز : والأب والأخ لا يبيعه في بيعه ، فلا حجة للولد ولا للأخ ، لأنهم وقفوا على العجز كلهم ، والرجوع إلى الرق ، فلا فرق بين ملك السيد لهم ، ولا بين ملك غيره ، فلم تكن لهم حجة في بيعهم .

ابن المواز : وأما أم ولده ، فله إذا تبين عجزه أن يبيعها ، وإن لم يأذن له سيده، وذلك في الموضع الذى لو لم يبيعها لعجز ، فمنع السيد من بيعها ضرر ، واستدعى رقه .

ابن حبيب عن ابن الماجشون : في مكاتب كاتب على نفسه وعلى ابنه له فعجز

عن بعض نجومه ، فاستأذن سيده في بيعها ، فأذن له .

قال : لا يجوز ذلك إن لم يكن السلطان عجزه ، فإن وقع ذلك ، فأتت بحمل من مشتريها فلا ترد إليه ، لأنها لا ترجع إلى أحسن من ذلك ، وإن بقي بيد أبيها فضل عن ما أدى من ثمنها من الكتابة فهو له سائغ كما قلت .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : ولا يجوز للمكاتب أن يشترى ولده وأبويه، إلا بإذن سيده ، فمن ابتاعه بإذن من ولده وولد ولد أم أبوين ، أو من يعتق على الحر بالملك دخل معه في الكتابة ، وجاز بيعهم وشراؤهم وقسمتهم بغير إذنه ، ولا بيعهم في عجزه ، فإذا عجزوا فواكلهم للسيد ، ويصير إذا اشتراهم بإذن السيد ، فإن كاتب عليهم وكان السيد كاتبهم جميعًا كتابة واحدة ، ولو مات الذى عقد الكتابة ، لسعى من دخل معه في الكتابة على النجوم بحال ما كانت ، ولا تؤخذ منهم حالة ، وإن ابتاعهم بغير إذن السيد لم يفسخ بيعه ، ولا يدخلوا معه في الكتابة ، ولا يبيعهم، إلا أن يخشى العجز ، ولا بيع لهم ولا شراء ولا قسم إلا بإذنه ، ويعتقون بأدائه.

وكذلك أم ولده ، وليس لها أن تتجر إلا بإذن ولا له بيعها إلا أن يخاف العجز، وأما إن ابتاع من لا يعتق على الحر ، فالملك من القرابة بإذن السيد ، أو بغير إذنه لم يدخلوا معه في الكتابة وله بيعهم ، وإن لم يعجز ولا فعل لهم إلا بإذنه ، وكل من اشتراه فدخل معه في الكتابة جاز شراؤه وبيعه ومقاسمته ، وكل من اشتراه ممن لم يدخل معه في الكتابة ، فلا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا مقاسمته إلا بإذن المكاتب.

أشهب عن مالك : يدخل الولد والوالد إذا اشتراهم بإذن السيد ، ولا يدخل الأخ.

وقال ابن نافع وغيره : لا يدخل في الكتابة بالشراء أو بإذن السيد.إلا الولد ، فقضى إذ له أن يستحدثه .

وروى عنه أيضًا في غير « المدونة » : أنه يدخل الولد وإن اشتراه بغير إذن السيد، إذ له أن يستحدثه .

قال ابن القاسم : وإذا كان المكاتب مديانًا فابتاع ابنه لمن يدخل معه في الكتابة ، وإن أذن سيده حتى يأذن غرماؤه ، وهو بخلاف ما ولد له في كتابته ، وهو بمنزلته .

ألا يرى أن ولد المعتق إلى أجل ، والمدبر من أمته بعد ما عقد لهما بمنزلتهما .

وأما ما ولد قبل ذلك أو كانت أمتهما حاملاً يوم العقد منه فرقيق ، وإن اشتريا ما ولدهما قبل ذلك لم يكونوا بمنزلتهما ، ولهما بيعهم ، إذا أذنهما في ذلك السيد ، إلا أن يأذن في ذلك للمعتق إلى أجل عند تقارب الأجل أو للمدبر ، وللسيد من يضرب يجوز إذنه حينئذ ، وإنما يجوز إذن السيد في ذلك الموضع الذى يجوز للسيد أن ينتزعهم ، فإن لم يأخذ لهم ولم ينتزعهم حتى عتقوا ، كانوا لهم تبعًا كأموالهم ، ويعتقون عليهم .

وقال ابن القاسم في باب بعد هذا : وللمكاتب أن يشترى زوجته الحامل منه وليس للسيد منعه ، إلا أنه إذا ابتاعها بإذنه دخل حملها في الكتابة ، وكانت به أم ولد ، وإن ابتاعها بغير إذنه لم يدخل حملها في الكتابة ولم تكن به أم ولد .

ومن كاتب عبدا ، ثم كاتب زوجة العبد على حدث ، فما حدث بينهما من ولد فهو في كتابة الأم ، يعتق بعتقها ويرق برقها ، ولا يعتق إلا بعتق الأب .

قال في « كتاب النكاح » : نفقة هذا الولد على الأم ، وتبعه الأم على الزوج . ولو كانت كتابة الأبوين واحدة كانت نفقة الولد والأم على الأب .

في سعى ولد المكاتب ، وتسمى أم ولد ، وعتق السيد المكاتب دون ولده

قال ابن القاسم : ومن أدخلناه في كتابة المكاتب فله حكم من عقدت عليه الكتابة، فإن مات المكاتب الذى عقدت عليه الكتابة لم يؤخذوا بأداء الكتابة حالة وسعوا على النجوم .

قال : وما ولدت المكاتبة من ولد بعد الكتابة فهم بمنزلتها لا سبيل عليه في السعاية ، ما دامت الأم على نجومها ، ولها أن تستعيهم معها ، فإن أبوا وأجرتهم ، لا تأخذ من إجارتهم ، ولا مما في أيديهم إلا ما تقوى به على الأداء والسعى ، فإن ماتت سعوا ولا يوضع عند شيء لموتها ، وسعى القوى على [ق/ ٤ / ٣ب] من أزمن منهم ، ثم لا يرجع عليه إن عتقوا .

قال في « كتاب الجنايات » : وإذا كاتب عبده وزوجته فحدث لهما ولد ، فليس لهما أخذ ماله وكسبه ، وعليه أن يسعى معهم بقدر سعة قوته وأداء مثله ، فإذا خافا العجز ، فلهما الأداء من ماله ، كما يؤديا هما عنه في عجزه ، ثم لا تراجع بينهم .

ومن المكاتب قال : فإن ولد للمكاتب ولدان من أمته ، فاتخذ كل واحد منهما أم ولد ، فأولدها إلى أن أولادهما هلكوا ، ثم مات الجد ، فالولدان مع أمهما يسعون ، فإذا أدوا عتقت ، وإن مات أحدهما قبل الأداء ولم يدع ولدًا ، ويترك أم ولد، فإنها تباع ويعتق أخواه في ثمنها ، ولا يرجع السيد عليه بشيء .

قال سحنون : لأن حرمتها لسيدها ولولده ، فإذا ذهب الذى ثبتت به حرمتها قبل أن تتم له حرمة ، صارت أمة يستعان بها في الكتابة [1] .

م : وبعد هذا باب إيعاب هذا .

قول مالك : وإذا ولد للمكاتب من أمته ولد بعد الكتابة ، فأعتقه السيد الأب ، لم يجز عتقه إذا كان يقوى على السعى .

وإن كان لا يقوى على السعى جاز عتقه ، ثم إن كان للأب مال يفى بالكتابة ، ولا سعاية في الولد ، أدى من مال الأب عن الولد حالاً ، وعتقوا .

قال غيره : هذا إذا رضى الأب بالعتق ، وإلا لم يجز ، لأن السيد يتهم على تعجيل النجوم قبل وقتها . وهذا تفسيره ، قاله جماعة من أصحابنا .

وقال بعض أصحابنا : ولو لم يرض الأب بالعتق ، وتمادى على الكتابة ، ثم عجز ، وإن كان الولد رقيقًا ويعتق الأب بالعتق الأول . كمن أعتق أحد مكاتبيه فرده أصحابه ، ثم عجزوا أن ذلك المكاتب يعتق بالعتق الأول ، وليس كمن جعل عتقه في يديه فرده ، لأن هذا إنما رده لعلة استعجال المال ، فهو كرد أصحابه عتقه .

وفيها نظر ، وهو كمن عجل عتق مكاتبه على تعجيل كتابته ، فيأبى من ذلك ، وتمادى على كتابته ، ثم يعجز أنه يرق للسيد ، لأنه لم يرض بما طلبه به سيده ، وإنما أعتقه على صفة لم يرضها ، فلم يلزم السيد عتقه .

ابن القاسم : وإن لم يكن في مال الأب إلا قدر ما يؤدى عنهم إلى أن يبلغوا السعى ، أخذ وأدى نجومًا إلى أن يبلغوا السعى ، ولا يؤخذ حالاً إذ لو ماتوا قبل بلوغ السعى كان المال لأبيهم ، فإذا بلغ الولد السعى سعوا ، فإن أدوا أعتقوا وإن عجزوا رقوا .

قال : وإن لم يكن في مال الأب ما يبلغهم السعى مضى عتق الأب وأرقوا .

ابن المواز : ولابن القاسم قول ثان : أنه يأخذه حالاً ، وإن كان فيه ما يبلغهم

---

(١) المدونة ٨/ ١٤ كتاب المكاتب ـ باب فى سعاية أم الولد .

السعى .

ابن المواز : وهذا مثل لو مات وترك مالاً .

ومن « المدونة » : قلت : أرأيت إن قووا على السعى لم يجز عتقه ، ويسعون جميعًا ، ولا يوضع عليهم من الكتابة شيء ، فإن كان الذى أعتق صغيرًا لا سعاية له، أو كبيرًا فانيا وبه ضرر لا يقوى على السعى ، جاز فيه عتقه ، ولم يوضع عن من بقى من الكتابة شيء ، ولا يرجع الذى أدى على أخيه المعتق الزمن بشيء .

وقال المغيرة : إذا كان للأب الزمن مال والولد يقوون على السعى لم يجز عتقه، لأن ماله معونة لهم كبدته .

م : وروى عن مالك : أنه يؤدى جميع الكتابة من مال الأب، ويكونون أحرارًا، وإن كانوا أقوياء على السعى يوم عتق أبوهم وله مال .

قال ابن نافع : لا يجوز له عتق الصغير ، ولا يعتق بغير رضاهم ، إلا من لا يرجى نفعه يومًا ما ، ولا يزداد إلا ضعفًا .

في المريض يكاتب عبده أو يقر بقبض كتابته

قال ابن القاسم : ومن كاتب عبده في مرضه والثلث يحمله جاز ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين إمضاء كتابته أو عتق ، فحمل الثلث منه بتلاً ، ولو أجاز الورثة ذلك قبل الموت وهم كبار لزمهم ذلك بعد موته .

وكذلك القول فيمن أوصى أنه كاتب عبده سواء إن حمله الثلث كوتب كتابة مثله في جزائه وأدائه ، وإن لم يجب خير الورثة في إجازة ذلك أو عتقه ، فحمل الثلث منه بتلاً .

قال : وإن كاتبه في مرضه وقبض الكتابة في المرض .

قال في « الموازية » : والثلث يحمله ثم مات قال فيه ، وفي « المدونة » : فإن لم يحابه جاز ذلك وكان حرًا لا سبيل للورثة عليه ، بمنزلة المريض .

وقد قال مالك : إن بيع المريض وشراءه جائز إذا لم تكن فيه محاباة ، فإن حابى كانت محاباته في الثلث .

قال غيره : الكتابة في المرض ناحية العتق وقضى بمحاباة أو غير محاباة .

سحنون : وكذلك قال ابن القاسم في المديان يكاتب عبده : لا يجوز ، لأن ذلك من ناحية العتق .

قال غيره : ويوقف المكاتب بنجومه ، فإن مات السيد والثلث يحمله جازت كتابته ، وإن لم يحمله خير الورثة في الإجازة أو عتقه ، فحمل الثلث منه بما في يديه من الكتابة ، وقاله أكثر الرواة .

ابن المواز : وكذلك يقول أشهب : إن ذلك من ناحية العتق وليس كالبيع ؛ إذ لا تجوز كتابته وإن غالاه حتى تحمل الثلث الرقبة ، ولا يعجل عتقه إلا أن يكون للسيد مال مأمون ، وإلا لم يعتق حتى يموت السيد ويحمله الثلث .

وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في عتقه ، أو يردوا إليه ما قبض منه السيد ، ويعتقوا منه فحمل الثلث بتلاً ويبقى ماله بيده ، ويقوم في الثلث بما ردوا عليه وبغيره من ماله إن كان له مال ، وعلى حاله وهيئته يوم يقوم لا قبل ذلك .

م : **قال بعض شيوخنا القرويين** : إذا كاتب عبده في مرضه وحابى وقبض الكتابة أنه يجعل في الثلث قيمة الرقبة كلها ، كما لو لم يحاب ، بخلاف إذا حابى المريض في بيعه هاهنا ، إنما يجعل في الثلث المحاباة خاصة لأن الكتابة في المرض عتاقة .

قال : وإذا حابى فكان الثلث يحمل رقبته جاز ذلك ، ولم يقوم في النجوم المقبوضة إلى يد العبد ، ثم يعتق فحمل الثلث من رقبته فضاف ذلك إلى مال سيده ، وإن كان الثلث لا يحمله ردت النجوم المقبوضة إلى يد العبد ، ثم يعتق إذا لم يجز الورثة .

م : وإنما يعتبرون الحكم عند ابن القاسم : في أن يجاب أم لا ، أنه إذا لم يحاب وإذا يحاب وحمله الثلث أيضًا ، لم يكن بد من إيقافه إلى بعد الموت ، لأن المحاباة وصية ، وإن لم يحمله الثلث في الوجهين خير الورثة بين إجازة ما فعل الموصى أو يردوا إلى المكاتب ما قبض منه ويعتقوا ، فحمل الثلث منه بماله بتلاً .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وإن كاتبه في صحته وأقر في مرضه بقبض الكتابة جاز ذلك ، وكان حراً ولم [ق/ ٥ / ٣ ب] يتهم السيد إن ترك ولدا أو إن كان ورثته كلالة ، والثلث لا يحمله ، لم يصدق إلا ببينة وإن حمله الثلث صدق ،

لأنه لو أعتقه جاز عتقه .

وقال غيره : إذا اتهم بالميل والمحاباة معه إذ ورثته كلالة لم يجز إقراره حمله الثلث ، أو لم يحمله لأنه في إقراره لم يرد به الوصية فيكون في الثلث ، وإنما أراد أن يعتقه من رأس المال ، فلما بطل ذلك لم يكن في الثلث ، ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث . وقاله ابن القاسم أيضًا غير مرة .

وقد قال في الأول من الوصايا : إن إقرار المريض لصديق ملاطف بدين جاز إن ورثه ولده ، وأما إن كان ورثته أبوين أو زوجة ، أو عصبة أو نحوه ، لم يجز إقراره له .

قال سحنون في غير « المدونة » : لا في ثلث ولا غيره .

م : وهذا يشبه قول الغير هاهنا ، لأن الإقرار بالدين كالإقرار بقبض الدين .

وقال ابن حبيب في إقراره بدين للصديق : إنه إن حمله الثلث جاز ، كان ورثته كلالة أو ولد ، لأنه لو أوصى له بالثلث جاز، وهذا يشبه قول ابن القاسم في إقراره بقبض الكتابة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كاتبه في مرضه وأقر بقبض الكتابة في مرضه ذلك ، فإن حمله الثلث عتق، كان ورثته كلالة أو ولد ، وكان بمنزلة من ابتداء عتقه في مرضه .

م : يريد : إنه كالمبتلى في المرض ، فإن كان مال السيد مأمونًا عجل عتقه ، وإن لم يكن مأمونًا لم يعتق إلا بعد الموت .

قال : وإن لم يحمله الثلث خير الورثة ، فإن مات أمضوا كتابته ، وإلا عتق فحمل الثلث منه ، وكان ما بقى رقيقًا لهم .

وقال غيره : يوقف بنجومه ، لأن الكتابة في المرض عتاقة من الثلث ، وليس من ناحية البيع ، لأن ما يؤدى المكاتب إنما هو جنس من القلة .

في الوصية بالكتابة أو بنجم فيها لرجل أو للمكاتب ، ووصية المكاتب في غيره

قال ابن القاسم : وإن كاتبه في المرض بألف درهم وقيمته مائة درهم ، وأوصى بكتابته لرجل ، والثلث يحمل الكتابة ، فإن حمل الثلث رقبته جازت الكتابة والوصية، كالوصية أن يخدم فلانًا سنة ثم هو حر ، فإن حمله الثلث جازت وصيته

في العتق والخدمة، وإن لم يعتق يحمل الثلث رقبة المكاتب ، ولم يجز الورثة كتابته، فليعتق منه محمل الثلث ، وتبطل الوصية بالكتابة لتبدية العتق عليها ، وذكر ابن المواز هذا القول عن أشهب وأخذ به .

وذكر عن ابن القاسم : أنه إنما يجعل الأقل في الثلث إذا أوصى بالكتابة للمكاتب لأنه عتق ، وأما الأجنبى فإنما تجعل الكتابة في الثلث .

ابن المواز : ورواه عن مالك ، قال : وقول ابن القاسم جيد وفيه نظر .

قال : **وقال ابن القاسم** في المكاتب في المرض بألف ، وقيمته مائة ، وأوصى بالكتابة لرجل ، والثلث يحمل رقبته ولا يحمل كتابته ، إن الكتابة جائزة ، لأن الثلث تحمل الرقبة ، ثم تقوم الكتابة بالنقد ، فإن كان لا يحملها الثلث بعد إسقاط قيمة الرقبة من مال الميت خير الورثة بين إجازة ذلك ، والقطع له بالثلث من جميع ماله .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بمكاتبه أو بما عليه ، وأوصى بعتق مكاتبه أو بوضع ما عليه ، جعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة أو قيمة الرقبة ، على أنه عبد مكاتب في جزائه وأدائه. كما لو قتل ، وقاله ابن نافع .

وقال أكثر الرواة : ليس قيمة الكتابة ولكن الكتابة .

قالوا كلهم : فأى ذلك حمل الثلث ، جازت الوصية .

قال : ومن أوصى لرجل بثلث ماله كان الموصى له شريكًا للورثة في كل شيء تركه الميت من عين أو عوض أو كتابة مكاتب وصار كأحد الورثة .

م : يريد : إلا فيما يطرأ للميت من مال لم يعلم به فإنه لا شيء للموصى له فيه .

وفي الوصايا بيان هذا ، وقد تقدمت مسألة من أوصى أن يكاتب عبده والثلث يحمله ، أنه يكاتب كتابة مثله ، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إجازة ذلك ، أو عتق محمل الثلث منه .

فصل

قال : ومن ذهب لمكاتبه من كتابته نجمًا بعينه من أول الكتابة أو وسطها أو آخرها أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، وذلك كله في المرض ، ثم مات السيد ، قوم

ذلك النجم وسائر النجوم بالنقد . يقال : ما يسوى هذا النجم وعدده وأجله بالنقد فيعلم ذلك ، وما تسوى سائر النجوم ومحل كل نجم كذا بالنقد ، فينظر ما ذلك النجم من هذه النجوم ، فبقدر حصة ذلك النجم جميع الكتابة يعتق ، إلا من رقبة المكاتب ، ويوضع عند ذلك النجم بعينه إن حمله الثلث ، ويسعى فيما بقى بعد ذلك .

وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إجازة ذلك ، أو عتق محمل الثلث في رقبة المكاتب ، ويحط عنه من كل نجم بقدر ما عتق منه ، فإن كان الذى عتق منه الثلثان وضع عنه من كل نجم ثلثان ، وإن كان أقل من ذلك أو أكثر فعلى هذا يحسب ولا يحط عنه النجم المعين ، إذا لم يحمله الثلث ، ولم يجز الورثة ، لأن الوصية قد حالت عن وجهها .

ومن « الموازية » وغيرها : قال أشهب : إنما يجعل في الثلث الأقل من قيمة النجم ، أو ما قابله من الرقبة ، كما لو أوصى بجميع الكتابة .وأخذ به سحنون ، ورواه أبو زيد عن ابن القاسم .

وتفسيره : أن ينظر ما قيمة ذلك النجم من سائر نجوم الكتابة ، فإن قيل : الربع. فالذى يقابله من الرقبة الربع ، ثم ينظر الأقل من قيمة ذلك النجم ، أو من قيمة ربع الرقبة ، فيجعل الأقل من الثلث .

ابن المواز : قال أشهب : وإن لم يكن للسيد مال غير المكاتب ، وقد أوصى له بالنجم الأول ، فشح الورثة عليه فإن خرجت قيمته من قيمة باقى الكتابة في الثلث، جاز ذلك عليهم ، ووضع النجم بعينه ، وإن لم يسع ذلك النجم الثلث عتق منه محمله ، ووضع منه بقدر ما يحمل الثلث منه ، فإذا عجز كان منه حراً بقدر ذلك .

قال : ولا يجيز الورثة في ذلك ، لأنهم قادرون على بيع سائر الكتابة .

قال ابن القاسم : بل يخيروا ، فذكر عنهم مثل ما في « المدونة » .

وقال ابن المواز : يقول أشهب : قال: وتفسير ذلك :أن يقوم النجم الأول ، فإن كانت قيمته خمسين ، وقيمة بقية النجوم مائة فقد حمله الثلث ، ويوضع عنه بعينه ، ويعلق ثلثه إن عجز .

وإن كانت قيمة بقية النجوم خمسين وضع عنه ثلث النجم الأول ، وعتق ثلث

الرقبة إذا عجز .

وقيل : [ق / ٦ / ٣ ب] إذا عرف النجم الأول الموصى به سعى ، فإن عجز عتق قـدره ، وإن تمادى لم يوضع عنه ذلك من أول الكتـابة ، فإذا لم يبق عـليه إلا قدره عتق .

ابن المواز : وليس هذا بشيء ، وقـول مـالك أصوب ، ولا حـجـة للورثة أن يقـولوا : بدأ العبـد علينا ؛ لأن لهم بيع بقـية الكتـابة نقـدًا ، وقد عـدل بينهم في القيمة.

فصل

قال ابن المواز : **قال مالك** : ومن وهب لرجل وهو صحيح كتابة مكاتبه ، فعجز فهو رقيق للذى وهبت له الكتابة ، وإن وهب نصفها رق له نصفه ، إن عجز وكذلك سائر الأجزاء ، كما لو باعه كتابتـه أو نصفها ، وقاله أشهب وأصبغ ، ورواه موسى ابن معاوية في « العتبية » عن ابن القاسم .

وروى عنه أبو زيد : إن عجز كانت رقبته للمعطى . وروى نحوه عن أشهب.

م : فوجه الأولى : أن يكون له بقدر ذلك من الرقبة قياسًا على البيع كما ذكر.

ووجه الثانية :قياسًا على هبة ذلك للمكاتب أنه لا يعتق منه شيء إن عجز .

ابن القاسم وأشهب ، رواه عنهما أصبغ : وكذلك إن وهبه نجمًا مبهمًا من نجوم مكاتبه فإنه يكون شـريكًا له في النجوم كلها بقدر ذلك ، كبيـعه لنجم من نجومه ولم يسمـه فإنه يكـون شريكًا بقـدر نجم من عدد نجـوم الكتابة إن كـانت خمـسة أنجم ، فللمشترى أو الموهوب خـمس كل نجم ، فإن عجز كان له من رقبته خـمسها . وقاله أصبغ .

ابن المواز : كان ذلك في صـحة السيـد أو في مرضه ، فأمـا هبته لنجم مـسمى بعينه في صحته فلا يكون للموهوب من رقبة المكاتب شيء إن عجز ، وكأنه إنما وهبه مال ذلك لنجم بعينه إن تم ، ولا يجوز بيع ذلك النجم المعين ، لأنه إن عجز كان له من رقبة المكاتب رق بقدر ذلك النجم ، ولا يدرى ما قدره من العبد ، بخلاف النجم المبهم ، لأن ذلك يرجع إلى جزء مسمى .

ومن « العتـبية » : أبو زيد عن ابن القاسم : فـيمن وهب لرجل نجمًـا من نجوم

مكاتبه ، ثم عجز العبد .

قال : يكون له في رقبة العبد حصة بقدر النجم الذى وهبه .

ابن المواز : وأما لو أوصى بالنجم بعينه لرجل لكان له أداء عجز حصته من رقبة العبد رقًا ، كما يكون إن أوصى به للمكاتب عتقًا ، وقاله مالك .

ابن المواز : والفرق بين الصحة والوصية في هذا : أنه في الوصية قد أشرك بينه وبين ورثته على قدر ما أوصى له في نفسه ، أو أوصى بذلك رجل ، فصار الرجل والعبد شريكًا للورثة ليس أحد منهم أولى من صاحبه . والصحيح يقول : لم أعط من الرقبة شيئًا ، إنما أعطيته مالاً .

ابن المواز : ولو اقتضى الموصى له ذلك النجم المعين أو بعضه ، ثم عجز وقيمته من سائر الأنجم نصف الكتابة ، فله نصف رقبته ، ولا يرد مما أخذ شيئًا . قاله أشهب .

وذكر عن ابن القاسم : أنه إن أراد ما أخذ من العبد . رجع بنصيبه في رقبة العبد ، وإن لم يرد كان العبد للورثة .

والأول هو الصواب . ولا علمت أحدًا قال هذا ممن أرضى ، لأن الموصى إنما أخذ غلة مصابته لأنها معجلة ، وغلة مصابة الورثة من كثرة أو قلة .

ألا ترى ، أنهم لو قبضوا بعد قبضه أكثر نجومهم ، ثم عجز المكاتب ، فقد أخذوا أكثر من الثلثين في العدد ، وإنما ذلك كعبيد ثلاثة مكاتبين قيمتهم سواء ، أوصى بأحدهم لرجل ، فعجز بعد أن قبض أكثر نجومه ، ثم عجز الآخران ولم يؤديا شيئًا .

فلا يقال : أن الموصى له صار له أكثر من الثلث لأنه أمر نقد بالقيمة .

وكما لو قبض الموصى له جميع كتابة عبده ، وخرج حرًا ، وقبض الورثة أكثر كتابة عبديهم ، ثم عجزا ، فقد صار للورثة في هذا الحساب أكثر من الثلثين .

ابن المواز : ولو لم يقبض الموصى له النجم حتى مات المكاتب وترك مالاً كثيرًا، أخذ صاحب النجم نجمه ، والورثة نجومهم على عدد المال ، لا على القيمة ، لأن النجوم قد حلت بموته ، واستوى المتقدم والمتأخر ، فبما قبض نقدًا بعد ذلك ، كان بيد الورثة وبين صاحب النجم بنصفين بقدر ما كان يقع له من رقبة العبد لو عجز.

قال : ولو لم يتـرك المكاتب ما يفى بالكتابة لتـحاص الموصى له بالنجم والورثة في ذلك بقدر العدد لا على قيمة الأنجم .

ولو أوصى بألف درهم مما على مكاتبه .فقال الورثة : نحن نعجلها لك ، فأبى وقال : لعله يعجـز ، فيصير لي من رقـبته بحصتـه مع ما أخذت من نجم ، فللورثة تعجيلها كما لو عجلها المكاتب بإذن الورثة ، يجبر هذا على أحدهما .

وروى أصبغ عن ابن القاسم في « العتبـية » : إذا أوصى لرجل بنجم من نجومه ومكاتبه ، فقـال الورثة : نحن ندفع لك نجمًا . وقال هو : لا أرضى ، لـعله يعجز فيكون لي فيه جزء . قال : إن لم يحل النجم فذلك له ، وإن حل فذلك للورثة.

ابن المواز : وإن أوصى بالنجم الأول لرجل ، وبالثـاني لآخر ، وخـرج المكاتب من الثلث ، ثم عجز فلصاحب الأول مـن رقبته بقدر فضل قيمـة نجمه على الثاني ، وللثاني بقدر قيمة نجمه .

ولو قبض الأول نجمه ثم عـجز قبل قبض الثاني ، فرقبـة المكاتب بينهما على ما وصفنا ، وللأول مـا اقتضى ، ولا يرجع عليه الثـاني بشيء ، ولو كان ثم نجم ثالث يبقى للورثة قبض صاحب النجمين نجميهما ، ثم عجز فالعبد بينهما وبين الورثة على قدر قيمة النجم الأول والثاني والثالث ،ولا يرجع عليهما الورثة بشيء .

وروى عن ابن القاسم في بـعض مجالسـه : أنهما إن ردا إلى المكاتب مـا أخذا رجعا فيه بأنـصبائهما ، وإن لم يردا بنصيبهـما منه للورثة . والصواب ما تقع ، وهو قول أشهب .

وروى أصبغ القولين لابن القاسم في « العتبية » .

ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : ولو أوصى بالنجم الآخر لرجل قبل أن يتأدى من الكـتابة شيء ، فتـقاضى الورثة نجـومهم ، وسلموا المكاتب لـلموصى له ليأخذ نجمـه فعجز عنه ، فإنه تكون رقبتـه بينه وبين الورثة بقدر قيمة نجمـه من قيمة نجومهم ، لأنهم كانوا له فيه شركاء . وهذا بخلاف أن لو كان السيد قد تأدى نجومه، إلا النجم الآخر ، أوصى به لرجل فينفـذه له ، ثم يعجز عنه المكاتب أو يموت ، أن جميع العبد يرق له ، وكأنه أوصى له بجمـيع الكتابة إذا كان ما بقى عليه به يعتق ، ولا شركاء لأحد مـعه فيه ، وله جميع تركة المكاتب كـما لو أوصى به المكاتب صار حرًا .

في وصية المكاتب وبيعه أم ولد لخوف العجز وبيع ولده وهلاكه وذكر من يرثه

قال مالك : وإذا أدى المكاتب كتابته في مرضه ، جازت وصيته في ثلث ما بقى من ماله ، وإن مات قبل دفع الكتابة لم تجز وصيته .

قال ابن القاسم : [ق/ ٧ / ٣ ب] فإن أوصى أن يدفع إلى سيده الكتابة الساعة ، فلم تصل إلى سيده حتى مات وقد كان أوصى بوصايا ، فوصاياه باطل ، إذا لم يؤد كتابته قبل أن يموت .

قيل لأبى عمران : فلو بعث بكتابته في مرضه إلى سيده ، فلم يقبلها السيد حين وصولها إليه ، هل يكون حرًا ويرثه ورثته ؟

فقال : لا ، حتى يقضى عليه بذلك ، إلا أن يكون بموضع لا حكم فيه فيشهد عليه ، فيكون ذلك كالحكم .

فصل

قال ابن القاسم : وإذا ولدت أمة المكاتب منه قبل الكتابة ، فليست بأم ولده له، وله أن يبيعها وإن لم يخف عجز .

ألا ترى ، أن ولدها لغير المكاتب وهي بمنزلة أم ولد العبد يعتقه سيده ، فلا تكون بذلك أم ولد .

فأما إن ولدت من المكاتب أمته بعد الكتابة .

فقال مالك : هي أم ولد له ، ولا يبيعها ، إلا أن يخاف العجز فيبيعها حينئذ .

قال ربيعة : وله أن يبيعها في عدمه ولدين عليه .

قال مالك : وإن مات المكاتب عديمًا ، وعليه دين للناس ، قام ولد في دينه وولدها منه رق لسيده .

ومن « الواضحة » : أصبغ : إذا خاف المكاتب العجز فباع أم ولده ، وهي حامل منه ، فولدت عند المشترى ، فإن كان المكاتب بحاله لم يعتق ولم يعجز ، رد بيعها لتعتق بعتقه ، أو يعجز فيبيعها دون ولدها .

قال : وإن كان الأب قد عتق بأدائه أو عجز فرد رقيقًا ، مضى بيع الأمة بقيمتها على أن جنينها مستثنى ورد الجنين ، فكان بحال أبيه من عتق أو رق ، وإن لم يعتبر

على ذلك حتى أعتقها المبتاع وولدها فبينوا عجز الأب أو أدى أو كان على كتابته ، فإن العتق في الأمة ماض ، وعليه قيمتها على أن جنينها مستثنى ، ويرد عتق الولد ويكون سبيله سبيل أبيه من عتق أو رق أو كتابة ، وليس هذا كمن باع مكاتبه فأعتقه المبتاع ، لأن هذا باعه غير سيده .

فصل

ومن « المدونة » (١) **: قال مالك** : وإذا مات المكاتب وترك مالاً فيه وفاء بكتابته ، وترك أم ولد ، ولدًا منها أو من غيرها ، عتقت أم ولده مع الولد فيه ، وإن لم يترك مالاً بيعت أم ولده مع ولده منها أو من غيرها أو بيعت عليهم إن لم يقوموا ، وقويت هي على السعي وكانت مأمونة عليه .

مالك : وإن ترك أم ولد لا ولد معها وترك مالاً فيه وفاء بكتابته ، فهي والمال ملك للسيد ، ولا عتق لأم ولده ، لأن المكاتب لم يترك ولدًا يعتق بعد موته ، فتعتق أم ولد بعتقه .

قال ربيعة : وكذلك إن ترك ولدًا ، ثم مات الولد ، فهي والمال لسيده .

قال في آخر الكتاب : وكذلك لو كان هو وولده في كتابة ، فمات ولده عن أم ولد لا ولد معها ، فهي رق للأب ، وإن ترك مالاً كثيرًا ، إلا أن يترك ولدًا كاتب عليهم أو حدثوا في الكتابة فتعتق أم ولده بعتقهم ، وترق برقهم .

وكذلك الأخوان في كتابة ، يموت أحدهما ويدع أم ولد لا ولد معها ، إنها رقيق ولا تسعى أم ولد المكاتب بعده ، إلا أن يدع ولدًا منها أو من غيرها ، كاتب عليهم أو حدثوا في الكتابة .

ابن المواز : وإن كان معه أب أو أخ في الكتابة ، ويترك أم ولد ولد معها .

فقال ابن القاسم : هو رقيق للأب أو للأخ ، ويترك وفاء بالكتابة .

وقال أشهب : أو ترك وفاء بها عتقت مع الأب والأخ ، وإن لم يترك وفاء رقت ولا تعتق في سعيها بعد ذلك .

قال : ولا تسعى هي مع الولد .

ومن « العتبية » : قال سحنون عن ابن القاسم : في مكاتب مات عن أم ولد ،

---

(١) تهذيب مسائل المدونة ٢/١٦ ـ رقم ٢١٥٨ .

وولد منها أو من غيرها ، وترك مالاً ، عتقوا به .

قال : لا يرجعون عليها بشيء . وكذلك لم يترك مالاً فسعوا ، فسعت هي بأدائهم كانوا ولدها أو غير ولدها ، ولا يرجعون عليها بشيء.

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وإذا مات المكاتب وترك أم ولد ، وولد منها حدث في كتابته ، فخشى الولد العجز ، فلهم بيعها وإن كانت أمهم .

قال مالك : وإن كان للأب أمهات أولاد سواها ، فخشى الولد العجز ، فلهم بيع من فيها نجاتهم كانت أمهم أو غيرها .

قال ابن القاسم : وأرى ألا يبيع أمه إذا كان في بيع سواها ما يفيد .

ومن « **العتبية** »:سحنون:يقرع بينهن أيهن تباع غير أمه ، فلا تدخل في السهم.

وقال أيضًا : يباع من كل واحدة بقدرها .

م : يريد : غير أمه ، إلا أن يكون لكل واحدة ولد ، فيباع من كل واحدة بقدرها .

وقال في مكاتب مات ، وترك عليه من الكتابة مائة دينار ، وثلاث أمهات أولاد من كل واحدة ولدًا ، وقيمة كل واحدة منهن مائة ، فتشاح البنون أيتهن تباع .

قال : يباع من كل واحدة بثلث المائة ، وإن اختلفت قيمتهن قضت عليهن بقدر قيمتهن ، فإن كان قيمة الواحدة ثلاثمائة والثانية مائتين والثالثة مائة ، فجميع قيمتهن ستمائة ، فالمائة الباقية من الكتابة من جميع السدس ، فيباع من كل واحدة سدسها ، فتغرم من ذلك المائة .

وإن شئت قلت : يباع من التى قيمتها ثلاثمائة بنصف المائة ، ومن التى قيمتها ثلاثمائة بثلث المائة ، ومن التي قيمتها مائة بسدس المائة . فهذا أعدل ، إذ قد ينقص ثلث الجزء لما يدخل الباقي من الحرية ، ولابد أن يباع منهن بمائة .

فصل

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وإذا هلك المكاتب ومعه في الكتابة ولد أو أجنبى ، وترك مالاً فيه وفاء بكتابته فإن كتابته تحل بموته ويتعجلها السيد من ماله ، ويعتق بذلك من معه في الكتابة ، وليس لمن معه في الكتابة من ولد أو أجنبى أخذ

المال ، وأداؤه على النجوم إذا كان فيه وفاء يعتقون به الآن ، لما فيه من الغرر ، فإذا لم يف ببقية الكتابة فولده الذين معه أخذه إن كانت لهم أمانة وقوة على السعاية ، ويؤدون نجومًا .

قال مالك في « كتاب الجنايات » : وإن ترك ولدًا لا سعاية فيهم ولم يدع مالاً رقوا مكانهم إلا أن يكون فيما ترك ما يؤدى على النجوم إلى أن يبلغوا السعى ، فيفعل ذلك لهم ، أو يترك ولدًا ممن يسعى ، فيدفع المال إليهم ، وإن لم يقووا ومعهم أم ولد للأب دفع إليه المال ، إن لم يكن فيه وفاء لها ، ولها أمانة وقوة على السعى ، فإن لم يكن فيها ذلك ، وكان في المال مع ثمنها إن بيعت كفاف الكتابة بيعت وأدت الكتابة وعتق الولد ، أو يكون في ثمنها من المال ما يؤدى إلى بلوغ الولد السعى ، فإن لم يكن ذلك رقوا أجمعون مكانهم .

فصل

قال ابن القاسم في « **كتاب المكاتب** » : ولا يرجع [ق/ ٨ / ٣ ب] ذلك المال لمن معه في الكتابة غير الولد من قريب أو أجنبى واستعجله السيد من الكتابة ، ويسترق الولد بقيمتها ، فإن أدوا عتقوا ، واتبع السيد الأجنبى بحصة ما أدى عنه من مال الميت ، وحاص به غرماؤه بعد عتقه .

وليس هذا كالمعتق على أن عليه مالاً بعد العتق ، لأن السيد لم يخرج عليه مالاً، فيجب له أن يحاص به ، وفي هذا قد أدى عنهم من مال المكاتب ، فهو كالسلف ؛ فلذلك حاص به غرماؤه .

وقال ربيعة : لا يدفع المال إلى ولد أو غيره، وإن كانوا ذوى قوة وأمانة ، إذ ليس لهم أصله وهو لا يؤمن عليه التلف إذا كان بأيديهم، ويتعجله السيد ويقاصهم من أخذ كتابتهم ، فإن كانوا صغارًا لا قوة فيهم على السعى ، فهو رقيق وذلك المال للسيد .

ابن المواز عن أشهب : يدفع ذلك المال إلى الولد وغيرهم من قريب أو أجنبى في كتابة واحدة إن كانوا مأمونين ، وليس ذلك كالدين الثابت يحل بموتهم ، وهم قد كانوا يتقوون بمكان الهالك ، وماله فإذا أخذوا عنهم ما ترك ضعفوا وعجزوا ، وإن لم يكونوا مأمونين لم يتعجله السيد أيضًا ، ودفع إلى حين يؤديه السيد على النجوم.

وقال عن ابن القاسم: لا يدفع ذلك المال إلا للولد مثل ما في « المدونة » .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا مات المكاتب وترك ولدًا ، حدثوا في كتابته، ومالاً فيه وفاء بكتابته وفضل ، أخذ السيد الكتابة منه ، وما بقى ورثه ولده الذين معه ، فالكتابة على فرائض الله تعالى ، ولا يرث منه ولده الأحرار الذين ليس معه في كتابته ولا زوجته وإن كوتب معه ، ولا شيء للسيد مما فضل إذا كان الولد الذى حدث في الكتابة ذكرًا ، لأنه يجوز مع جميع الميراث ، بعد أداء الكتابة .

قال : وإنما لم يرثه ورثته الأحرار ، لأنه مات قبل أن تتم خدمته ، فلا يرث الحر العبد ، لأنهم لا يسعون إذا مات أبوهم ولم يترك وفاء ، فكما لا يكون عليهم السعى كذلك لا يكون الفضل ،وبذلك قضى عمر بن الخطاب ، ولم يرثه السيد ، لأنه لم يمت عاجزًا ، ولم ينحل العقد الذى عقد له إذا ترك من يقوم بأداء الكتابة ، وورث الفضلة ولده الذين حدثوا في الكتابة ، أو كانت عليهم ، لأنهم ساووه في المكانة بعد الكتابة في رقها وحريتها ، ولأنهم يسعون في تمامها إن مات ولم يترك وفاء .

وقاله مالك وجماعة من الصحابة .

ابن المواز : وإذا ارتد المكاتب ، فقتل على ردته ومعه في الكتابة ولد وأم ولد ، وترك مالاً فيه وفاء بالكتابة ، وفضلة عتق ولده وأم ولده وكان ما فضل للسيد ، ولا يرث من ذلك الولد شيئًا ، لاختلاف الدينين ، ولا يرجع عليهم السيد بشيء مما عتقوا به من مال الأب ، ويرجع على الأجنبيين .

قال : لأن السيد ورثه بالرق ، ولم يرث الولد للردة ، ولم يتبع بما عتق به ، لأنه يعتق عليه بالسنة .

ومن « المدونة » : قال : وإن كان ولده الذين معه في الكتابة ذكورًا وإناثًا ، فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان الولد بنتًا أو بنتين ، أخذت الابنة النصف ، والابنتين الثلثين ، وكان للسيد الباقى بعد النصف أو الثلثين بالولاء دون أحرار ورثة ولد المكاتب .

وإن ترك المكاتب ابنتين وابن ابن معهما في الكتابة ، وترك فضلاً عن كتابته .

فلابنتيه مما فضل من كتابته الثلثان ، ولابن الابن ما بقى .

قال ربيعة : وكذلك ولد المكاتب فيما ذكرنا من السعاية إذا ماتت .

مالك : وإنما يرث المكاتب ممن معه في الكتابة من أقربائه الولد وولد الولد والجدود والإخوة وهم الذين يعتقون عليه من أهل الفرائض دون أحرار ورثته ، ولا يرثه من سواهم من عم وابن عم أو غير من عصبة ولا زوجة ، وإن كانوا معه في الكتابة .

ابن القاسم : وأصل ما سمعت من مالك فيمن يرث المكاتب ممن معه في الكتابة من القرابة ، أن كل من عجز منهم فأدى عنه لم يرجع عليه ، فهو الذى يرثه إن مات ، وكل من يرجع عليهم إن أدى عنه فهو لا يرثه ، إلا الزوجة فإنها ترثه ، ولا يرجع عليها إن عتقت بأدائه وبعد موته في ماله ، ولا يرجع عليها من يرثه من وارث أو سيد ، ويرجعون على من كان هو يرجع عليهم ، وهو يرجع على خالته وخاله وبنت أخيه وعمته ، ولا يرجع على من ذكرنا أنه يرثه في كتابته وهم الذين يعتقون عليه من الورثة .

ابن المواز : واختلف قول مالك ، فيمن لا يرجع عليه من قرابته إذا أدى عنه .

فروى عن ابن القاسم أنه قال : لا يتبع إخوته ولا كل ذى رحم منه .

ثم سئل بعد ذلك فقال : من كانت له رحم يتوارثون بها ، فإنهم لا يرجع بعضهم على بعض ، وإن كانوا أجنبيين رجع بعضهم على بعض .

ثم سئل بعد ذلك فقال : أما الولد والإخوة فإنه لا يرجع بعضهم على بعض ، وأما الأباعد فنعم .

ابن القاسم: والذى آخذ به : أن كل من يعتق على الحر إذا ملكه بالقرابة ، فذلك الذى لا يرجع عليه ، لأن ذلك ثمن لرقبته ، وكل من لا يعتق عليه من ذوى رحمه فإنه يرجع عليه ، وقاله عبد الملك ، وابن الحكم .

وقال أشهب : لا يرجع على كل ذى رحم منه ، وإن كان ممن لا يعتق عليه بالملك ، ولا بينه وبينه ميراث ، لا خالته ولا عمته ، ولا أحد بينهم رحم .

ابن المواز : واختلف فيمن يرث المكاتب ممن معه في الكتابة .

فقيل : لا يرثه إلا من يعتق على الحر بالملك ، فأما عم أو ابن عم أو ابن أخ

فلا ، والسيد أحق منهم .

وقاله ابن عبد الملك ، وقاله ابن القاسم مرة ، ثم قال هو وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ : يرثه من يوارث الحر من عم وغيره من نساء ورجال . فأما امرأته فقال مالك مرة : إنها ترثه ، وآخر قوله : أنها لا ترثه وتعتق فيما ذكر ، ولا تتبع بشيء استحسانًا ، وقاله أشهب وابن القاسم .

م : **قال بعض فقهائنا** : ومن الحجة لابن القاسم في أنه لا يرجع عليها مثل من فدى زوجته من العدو وهو يعرفها أنه لا يرجع عليها بشيء ، وكأنه إنما فدى منافعه، وكذلك المكاتب لا يرجع عليها في هذا المعنى ، وإن كان لا تعتق عليه بالملك .

م : **أبو إسحاق** : وانظر على هذا ، لو ودت هي عنه ، هل لها رجوع عليه ؟

فعلى قياس ما قلنا أنها ترجع عليه ، وفي بعض الكتب : إنها لا ترجع عليه كما إذا أدى عنها .

ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : إن زوجته لا ترثه ولا يرثها ، ولا يرجع عليها ولا يرجع أحدهما على الآخر ، إذا أدى عنه ما يعتق به من الكتابة .

سئل أبو عمران : لم لا يرث المكاتب ممن معه في الكتابة ، إلا من لو أدى عنه لم يرجع عليه إلا لزوجة .

فقال : قد اختلف في ذلك ، فذكر مثل ما قدمنا [ق/ ٩ / ٣ب] هاهنا من الاختلاف قال : وذهب ابن نافع إلى أن لا يرث المكاتب أحد إلا الولد .

قال : والتوريث في هذا المعنى يحتاج التفريق بين أن يوفقهما إذ لا يعلم بالفعل، وذلك أن العبيد إنما خرجوا من آية المواريث بالسمع ، فكان من فيه بقية رق لاحقًا بهم ، إلا من قام الدليل على توريثه .

وأما ولد المكاتب الذى معه في الكتابة فقال مالك في « موطئه »[1] أن عبد الملك بن مروان : كتب به إلى عامل مكة ، وذكر أشهب بإسناد حسن عن الشعبى أن أبا مسعود قال ذلك ، وذكر مالك أنه الأمر عندهم .

وروى عنه ابن القاسم وأشهب : أن الإخوة بمنزلة الولد ، وقاس على ذلك ابن القاسم الأبوين والأجداد ، وهو قياس معتدل ، لأن الأب أوجب ميراثًا من الإخوة

---

(١) الموطأ : كتاب المكاتب ـ باب القضاء فى المكاتب .

المحجوبين بالأب ، والأجداد ومتساوون للإخوة في ميراث المال أو مقدمون عليهم .

واقتصر ابن القاسم على هؤلاء في حد قـوليه ، واستعمل في القول الآخر الذى وافقه عليه أشهب القياس وطرده في كل من ينتسب إلى المكاتب برحم ، فمن جمعته معه الكتابة ، ولم يرَ ذلك في الزوجين ، لأن سببها إلى الميراث بالنكاح لا بالرحم ، فذلك خارج عن القـياس على الولد ، لأن الزوجية قد تسـقط بالطلاق ، وبأن تعتق المكاتبـة فتخـتار نفـسهـا ، والرحم ثابت على كل حال ، فلم تلحق الـزوجة بذوى الأرحام لمفارقتها لهم في بعض الوجوه .

وهذه مسائل فروع محتملة للخلاف .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا هلك أحد الأخوين في كتابة وترك فضلاً عن كتابته ، كان ما فضـل عن الكتابة للأخ دون السيد ، ولا يرجع السيد على الأخ بشيء مما أدى عنه ، لأن الأخ لو كان حيًا فأدى عن أخـيه لم يتبعه بشيء ، ولو كان لهذا المكاتب الميت ولد أحرار كان ما فضل بعد الكتابة للأخ الذى معه في الكتابة دون ولده الأحرار .

ولو كان هذا المكاتب الميت إنما حدث في كتـابته فأدى الولد من ذلك المال جميع الكتـابة ، لم يرجع على عـمه بـشيء ، لأن أباه لم يكن يرجع عليـه بشيء ، لأنه أخوه، وإن لم يكن معه في الكتابة إلا أجنبى وترك وفاء بالكتابة لعجلها السيد ،وكان له ما بقى بالولاء دون ورثة المكاتب الأحـرار ، واتبع السيد الأجنبى بكل مـا ينوبه ما عتق به من مـال الميت ،وإن كان مع الأجنبى ولد الميت في الكتابة اتبـعه الولد بذلك دون السيد ، وورث الولد أيضًا بقية المال .

وقال ابن القـاسم في « الموازية » : إذا لم يكن مع الأجنبى ولد للمـيت ، اتبـعه السـيد بجـميع مـا أخذ من باقى الكتـابة من مـال الميت ، ولا يحط عنه لموت الميت شيء، ويتأدى منه على نجومه إن كان قبضها قبل محلها .

ولو كان مع الأجنبى ولد للمكاتب لم يـتبعه إلا بنصف ما أدى مـن مال أبيه إذا كانت الكتابة بينهما نصفين وذلك ما كان يتبعه به لو أدى عنه .

وكذلـك قال عـبد الملك :إذا مـات أحدهم لم يسـقط عن من بقى شيء ، وإن استحق أحـدهم سقط عن الباقين حصـته على العدد إن كانوا أربعـة سقط عنهم ربع

الكتابة ، وقد تقدم الاختلاف في ذلك .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : إذا مات المكاتب وترك مالاً فيه وفاء وفضل، لم يترك أحدًا معه في الكتابة من ولد أو أجنبى ، وترك ولدًا أحرارًا فالمال لسيده دون ورثته الأحرار ، لأن المكاتب مات ولم يفض إلى حرية ، وقد مات هذا المكاتب عاجزًا ، ولم يترك من يقوم بأداء الكتابة ، فما ترك من مال فهو للسيد بالرق، وإن كان إنما مات المكاتب بعد موت سيده وترك مالاً فيه وفاء ، ولم يدع ولدًا، فذلك بين ورثة السيد ، يدخل فيه بناته وأخواته وأمهاته وزوجاته وغيرهم ، لأنه موروث بالولاء ، وإن ترك المكاتب بنتًا في الكتابة ، فلها النصف بعد الكتابة ولورثة السيد ما بقى .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب أمهات الأولاد

في حكم أمهات الأولاد ، وما تكون به الأمة أم ولد ، وحكم ما بيدها من مال بعد موت السيد

روى حسين بن عبد الله عن ابن العباس أن النبي ﷺ قال في أم إبراهيم : « **أعتقها ولدها** »[1] ، وفي حديث آخر : « **أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة إذا مات**»[2] . وفي رواية أخرى : « **وهي معتقة عن دبر** »[3] .

وروى مالك عن أبي سعيد الخدري أنهم لما أصابوا سبيا في غزوة بنى المصطلق ، قالوا يا رسول الله ما ترى في العزل فإنا نحب الأثمان ، فلم يحرمه عليهم[4] .

فقولهم : إنا نحب الأثمان، دليل أنها إذا حملت أو ولدت بطل الثمن .

قال سحنون : وقد قام من إجماع الصحابة بالمدينة في منع بيع أمهات الأولاد ، ما لا يسع خلافه ، وقضى به عمر بعد المشورة ، ورأى على في ذلك ، وقضى عثمان بمثله .

واتصل ذلك وتأكد عند العلماء في كل فرق .

وما ذكر أن عليًا رجع عن ذلك فلم يثبت ، ولو ثبت لكان رأيه مع عمر وعثمان والمهاجرين والأنصار أولى ، وهو أثبت في الرواية ،ولا يعرف أنه جرى ببيعهن حكم إمام ، وعلى ذلك علماء الأمصار في القرن الثاني والثالث ، ولم يختلف أحد أنها إذا حملت فلا يجوز بيعها ، فإذا وضعت فهى على الأصل في منع بيعها ، لا تنتقل عنه إلا بدليل .

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٥١٦) ، والحاكم (٢١٩١) ، والدارقطنى (٤/ ١٣١) حديث (٢١) ، والبيهقى في « الكبرى » (٢١٥٧١ و (٢١٥٧٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه أحمد (٢٩١٢) ، والحاكم (٢١٩١) ، والدارقطنى (٤/ ١٣٢) حديث (٢٤)، والطبراني في « الكبير » (١١٥٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه ابن ماجة (٢٥١٥) ، وأحمد (٢٩٣٩) ، والدارمى (٢٥٧٤) ، والدارقطنى (٤/ ١٣٠) حديث (١٨) ، والبيهقى في « الكبرى » (٢١٥٧٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٤) أخرجه مالك (١٢٣٩) .

ابن القاسم : فأم الولد لا تباع ، ولا يردها دين ، وهي بعد الموت فارغة من رأس المال .

فإن قيل : لم لا يبطل الوطء فيها ؟ قيل : لم يختلف في الوطء ، ولم يجب أن يبطل ، لأنه السبب الذى أنزلها المنزلة التي ذكرنا .

قال سحنون : ولما كشف عن أمرهن عبد الملك أخبره ابن شهاب أن سعيد بن المسيب قال : إن النبي ﷺ قال : « **لا يبعن في دين ، ولا يعتقن في ثلث** » .

قال سحنون : ولو كان ما ذكر عن جابر من بيعهن في هذا رسول **الله** ﷺ فالظاهر الخليفتان والمهاجرون والأنصار على خلاف ذلك ، ولم يكن يخفى على جملتهم، ولا سيما بعد التشاور والإجماع .

فصل

روى ابن وهب عن مالك وغيره : أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يدعونهن يخرجن لا تأتينى وليدة ، يعترف سيدها أن قد وطئها - إلا ألحقت به ولدها [(١)].

قال نافع : هذا قضاء عمر .

وقال ابن عمر : وكان ابن عمر إذا وطئ جارية له جعلها عند صفية بنت أبى عبيد ، ومنعها أن تخرج حتى يستمر بها حمل أو تحيض [(٢)] .

قال مالك : فيمن أقر بوطء أمته ، ولم يدع استبراء ، لزمه ما أتت به من ولد.

ابن القاسم : إلى أقصى ما تلد له النساء الولد ، أتت به في حياته أو بعد وفاته، أو بعد أن أعتقها .

قال مالك : فإن ادعى الاستبراء فقال : حاضت حيضة ولم أطأها [ق/ ١٠ / ٣ ب] بعد هذا حتى ظَهَرَ هذا الحمل ، وليس منى ، فهو ذلك ، ولا يلزمه هذا الولد إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر بعد الاستبراء [(٣)].

---

(١) الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء فى أمهات الأولاد .

(٢) المدونة ٨/ ٩٧ فى أوائل كتاب أمهات الأولاد ، ونص كلامه: « قال: وأخبرنى عبد الله بن عمر عن نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا وطئ جارية له . . . إلخ .
فابن عمر الأول غير ابن عمر الصحابى ـ رضي الله عنه .

(٣) المدونة : الموضع السابق .

سحنون في « كتاب ابنه » : أو ستة أشهر ، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم الاستبراء ، فإنه يلزمه .

قال ابن سحنون : قلت لسحنون روى عبد الملك أن مالك قال : إذا استبرأت بثلاث حيض ، حلف وبرئ .

فقال سحنون : الذى ثبت عن مالك وعبد العزيز حيضة ، وأما اليمين فليست عليه عند ابن القاسم وأشهب .

قيل لابن المواز : سقطت عن السيد اليمين .

قال : لا ، وذلك كدعواها أنه أعتقها ، ولا يلزمه في العتق والطلاق ولا ما كان من باب الحدود كلها يمين لمدعيها .

م : **قال بعض أصحابنا** : وإنما رأى عبد الملك في هذا اليمين ، لأنه الحرائر يلزمه فيهن اللعان ، فيجعل اليمين في الإماء عوضًا من الحرائر .

قال بعض شيوخنا : ولو نكل عن اليمين فأدخله الاختلاف في [قول مالك] إذا قام لها شاهد بالعتق ، فيلزمه الولد على قوله ، يعتق بالنكول . وعلى القول الآخر: يسجن حتى يحلف بحسب ما قال في قيام الشاهد بالعتق.

قال ابن سحنون : قلت لسحنون ، قال عبد الملك : كان مالك يقول : أقصى ما يحمل له النساء أربع سنين .

وقال المغيرة : خمس سنين .

وقال أيضًا مالك : لا أرى الخمس سنين بعدًا .

فقال سحنون : أما مالك فلا يؤقت فيه وقتًا ، وقال : أقصى ما تحمل له النساء.

وقال ابن القاسم وغيره : خمس سنين أقصى ما يكون له الحمل .

فصل

أبو إسحاق : فجعل المغيرة على هذا أن الأمة الباقية في ملك الإنسان لا ينتفع بها في الاستبراء ، كما لا ينتفع في الحرة بعد الطلاق بالاستبراء إذا لم تتزوج غيره يمر بها ما لا يلحق به الولد إذا جاءت به ، وذلك خمس سنين ، فإذا وطئها ثم

استبرأها بحيضة ثم ظهر بها حمل قبل ثلاثة من حين حاضت أو تحرك لأقل من أربعة أشهر لزمــه الولد ، ودل أن الاستبراء أدفع وهي حــامل ، إذ لا يمكن أن يظهر الولد لأقل من ثلاثة ، أو يتحرك لأقل من أربعة ، ودل أن مجيبى الدم كان وهي حامل .

ومن « كتاب الاستبراء » : وإن أقــر أنه كان يطأها ويعزل ، لحقه ما أتت به من ولد .

وإن قال : كنت أفخذ ولا أنزل .

قال في « العتبية » : أو قال : كنت أطأ في الفرج ولا أنزل ، لم يلزمه الولد .

ابن المواز : وإن قال : كنت أطأ فــي الدبر أو بين الفخذين وأنــزل ، لزمه الولد ولا لعان في الحرة .

ومن « الواضحة » : قال ابن عبــاس : لا يعزل عن الحرة إلا بإذنهــا ولا يستأذن الأمة . وقاله ابن مسعود وابن المسيب وربيعة .

قال ربيعة : وإن كانت زوجته أمة فلا يعزل عنها إلا بإذن أهلها .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أقر في مرضه بحمل من أمته ، وبولد أمة له أخرى ، وبوطء أمة ثالثة لم يدع استــبراءها ، ثم أتت بولد يشبه أن يكون من وطئه، فأولادهن حضرن به أجمع ، وهن بذلك أمهات أولاد يعتقن من رأس المال .

قال مالك : وأما من قال في مرضــه : كانت هذه الأمة ولدت منى ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ولا ولد معها ، فإن كان ورثته ولده صدق ، وعتقت من رأس المال ، وإن كان ورثته كلالة إنما هم عصبة ولا ولد له . فلا يقبل قوله ولا تعتق الأمة رقًا ، إلا أن يكون معها ولد ، وتشهد لها بينة .

ابن القاسم : وإن كــان ورثته هاهنا إخــوة وأخوات فــهم كالكلالة ، والإخــوة والأخوات عند مالك كلالة في غير هذا الوجه .

قال سحنون : وقد قال مالك أيضًا مرة : لا تعتق إذا لم يكن معها ولد ، لا من ثلث ولا من رأس المال ، كان ورثته ولدًا أو كلالة .

كقوله : أعتقت عبدى في صحتى ، فلا يعتق من ثلث ولا من رأس مال ، لأنه أقر وحــجب عن ماله ، إلا من الثلث ، ولم يرد به الوصيــة ، فيكون في الثلث ولا

يكون في الثلث إلا ما أريد به الوصية ، أو فعله في المرض .

وليس له أن يعتق من رأس المال في مرضه . وقاله أكثر الرواة .

م : **قال بعض فقهائنا** : ولم يختلف قوله في هذا ويحتمل أن يكون العبد بينه وبين الذى يقول : كانت ولدت منى أن الولادة شأنها الإسرار في غاية الحال ، والعتق الغالب فيه الإشهاد والاستشهاد ، فلما لم يعلم منه هذا العتق إلا بقوله في المرض ، قويت ريبته وطرح قوله ، وكان أشد ريبة من صاحب الأمة .

قال : إذا قال : كنت أعتقت عبدى في صحتى أنه لا يعتق في ثلث ولا في رأس مال .

قال : إذا كاتبه في صحته ، وأقر بقبض الكتابة في مرضه وورثته كلالة في أحد قوليه ، أنه إن حمله الثلث جاز ، كما لو ابتدأ عتقه ، فالفرق بينهما على هذا القول.

فإن كتابة هذا قد يثبت في الصحة ، فإقراره في المرض بقبض الكتابة كوصية بوضع الكتابة عنه في المرض ، وذلك يرجع إلى الثلث .

وأما القائل :كنت أعتقت عبدى في صحتى . فلم يعلم ذلك منه حتى مرض ، فقويت التهمة فيه أنه أراد أن يعتقه من رأس المال ، فطرح قوله ، إذ لا حكم له في رأس المال .

والقياس في هاتين المسألتين ، وفي مسألة الذى قال في مرضه : كانت هذه الأمة ولدت منى ولا ولد معها ، ألا يعتقوا في ثلث ولا رأس مال ، لأنه إنما قصد أن يعتقوا من رأس المال حين لا حكم له إلا في ثلثه ، وهو لم يقض الثلث ، فوجب ألا يعتقوا لا في ثلث ولا رأس ماله ، وقاله بعض أصحابنا .

م : أبو إسحاق : أما قوله : كنت أعتقت هذا العبد في حصتى .فقيل : إنه باطل ، وقيل : إنه من الثلث ، وقيل : إن حمله الثلث جاز ، وإن لم يحمله بطل كله ، لأن الثلث إذا كان يحمله لم يكن في إقراره تهمة ، إذ لو شاء أخرجه من الثلث والله أعلم .

فصل

قال ابن القاسم :ومن باع أمة ، فولدت عند المبتاع لستة أشهر فأكثر مما يلحق فيه الأنساب ، فادعى البائع أنه ولده وأقر بالوطء ، أنه باعها وهي حامل ، ثم ادعى

الولد بعد الوضع فإن الولد يلحق به إن لم يتـهم ، ويرد البيع وتكون الأمة أم ولد ، ولا ترد الأمة عند ابن القـاسم ، حتى يسلم من خطيئتى الـعدم والتهمة بـالهوى فإن سلم من ذلك ، وإلا رد عليه الولد خاصة بما ينوبه من الثمن .

وخالفه أصبغ في الهوى ، وقال : إذا كان معها الولد وكان مليًا بثمنها فلا تهمة فيها .

ابن المواز : وإن كـان عديمًا ، فـروى أشـهب عن مالك : أنه يـقبل قـوله ويرد البيع، وتـكون له الأمة أم ولد ، ويتـبع بالثمن . وأخـذ به أشهب وابن عبـد الحكم وابن المواز ، وهو أحب إلينا ، وقد أصغى إليه ابن القاسم في بعض أقاويله .

وروى أشهب عن مالك أيضًا : إنه يرد إليه الولد خاصة بما ينوبه [ق/ ١١ / ٣ ب] من الثمن . وأخذ به ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ .

إلا أن يكون ثم من شهـد على إقراره بالمسـيس قبل بيعـه ، فتـرد إليه مع الولد ويتبع بالثمن .

م : وفي باب الاستحقاق هذه المسألة ، وهذا أبين ما فيها .

قال في « الموازية » : ولو ادعاه المشتـرى وقد ولد عنده لستة أشهر فـأكثر ، فإنه يلحق به ويكون أحق من البائع .

ومن « المدونة » : قـال مالك : وإن باعهـا ومعـها ولد ، ثم اسـتلحق الولد عند الموت بعد سنين كثيرة ، فإنه يلحق به إن لم يتهم بانقطاع من الولد إليه .

فإن أتهم أن يميل بميراثه إليه لانقطاع الصبى إليه ، فلا يقبل قوله ، إذا كان ورثته كلالة ، ولا ولد له .

وقال أشهب : إذا ولد عنده من أمته ، ولم يكن له نسب معروف ، فإقراره جائز ويلحق به الولد ويرد الثمن وتكون أمته أم ولد ، كان ورثته كلالة أو ولد ، قاله كبار أصحاب مالك .

قال سـحنون : وهذا أصل قولـنا ، وعليه العمـل . ومثله قول ابن الـقاسم في استحقاق من أحاط الدين بمـاله وله أمة ، أنه يلحق به وتكون هي أم ولد ولا يلحقها الدين .

وكذلك قال مالك في أمهات الأولاد : إن الدين لا يلحقهن ولا يردهن ، بخلاف المديان يعتق . وقاله جميع الرواة .

قال سحنون : فهذا كان أولى بالتهمة من الذى ادعى ولداً له إليه انقطاع ورثته عصبة ، لا تكافىء أموال الناس ، إلا أن استلحاق النسب يقطع كل تهمة .

قال أشهب : ألا ترى أن الرجل يطلق زوجته قبل البناء ، فلا يجوز ارتجاعها إلا بنكاح جديد وولى وصداق ، ثم إن ظهر بها حمل فادعاه لحق به الولد .

وما احتج به سحنون عن ابن القاسم من استلحاق المديان ولد أمته في مسألة المريض ، لا يلزم من وجهين : أحدهما : أن المديان استلحق ولد أمة في ملكه ، والمريض إنما استلحق ولد أمة قد باعها ، وزالت عن ملكه . والآخر : أن المديان أبقى لغرمائه ذمة يتخلد الدين فيها . والمريض ، لم يبق للورثة عوضاً لانقطاع ذمته. فهذا مفترق .

ولو كان المديان إنما استلحق الولد بعد بيع الأمة لكان ينبغى أن يكون في الأمة كالمريض سواء .

م : وهذا اقتصار ضعيف واحتجاج منكر ، وما قاله أشهب وسحنون صواب .

وذلك أن ابن القاسم إنما جعل العلة في ذلك التهمة ، لانتقال الملك الذى فرق هذا به .

ولا فرق عند ابن القاسم إذا لم تكن تهمة تبين أن يستلحق ولد أمة في ملكه ، أو بعد أن باعها به .

وكذلك لو استلحق ولد أمة في ملكه عند موته بعد سنين كثيرة من ولادته ، واتهم أن يميل بميراثه إليه لانقطاع الصبى ، وورثته كلالة ، فإنه لا يلحق به عند ابن القاسم .

وإذ ضمان العلة عنده إنما هي التهمة ، نظرنا في وقتها فوجدنا المديان أقوى تهمة، لأن ما بيده لغرمائه لا يستطيع فيه منع شيء من المعروف وإن قل ، إلا بإذن غرمائه .

والمريض : يجوز معروفه في ثلثه ، وإن كان وارثوه فهو أملك بما في يده من المال ، من المديان ، فكان أضعف تهمة . كما قال سحنون .

وأما احتجاجه بأن المديان أبقى لغرمائه ذمة فيقال له : ومن يرضى بتلك الذمة ، ولو كانت هذه حجتهم للزمهم ذلك في عتقه ،ولكن إنما العلة أنهم رأوا استلحاق النسب باب لا يتهم فيه الناس لِوُجُوه منها : إتلاف الأمة ، والثاني : التزام نفقتها ونفقة الولد قد قطع ميراث رحمه ، وأعطى ما أوجبه الله لهم للأجنبى ، وقد صار إلى دار الحق فلما كان هذا مستبعداً في النفوس ، لم يتهم الناس فيه ، ولذلك لم يتهموا المديان فيه وإن تلف مال غرمائه .

وكذلك المريض أحق في ألا يتهم لما قدمنا .

أبو محمد عن ابن القاسم : ومن بيده أمة لها ولد ، وعليه دين يحيط بماله ، فادعى الولد فهو مصدق فيه ، وفي الأمة يخالف المبيعة ، ولو لم يكن لها ولد لم يصدق مع الدين المحيط .

قال عنه محمد وغيره : وكذلك لو ادعى أنها أسقطت منه لم يصدق ، إلا أن يشهد به نساء أو يكون فشا ذلك من قوله قبل أدائه .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أقر بوطء أمة ، ثم باعها قبل أن يستبرئها فأتت بولد لما يشبه أن يكون من وطئه ، فأنكره البائع ، فهو لاحق به ولا ينفعه إنكاره ويرد البيع ، إلا أن يدعى استبراء .

م : **قال بعض فقهائنا** : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن في الذى أقر بوطء أمته، فأتت بولد فنفاه ، وادعى الاستبراء ، فلم يلحق به الولد ، هل تحد هذه الأمة ؟

فوقف عن ذكر الحدود . وذكر عن ابن القابسى وقف عن ذلك .

قال أبو بكر : وهى شبهة تدفع الحد وقد تهراق المرأة الدم على الحمل .

قال : وكذلك قال غيره من القرويين ، وقال : ألا ترى أن عبد الملك يحلفه على ما ادعى من الاستبراء قال : وأما لو أنكر أن يكون وطئها أصلاً ، فهاهنا تحد الأمة ، إلا أنه لا يمين عليه عند أحد من علمائنا .

ومن « المدونة » : قلت : فإن أقر بوطء أمته ، فأتت بولد ، وأنكر السيد أن تكون ولدته . قال : ذلك لا يكاد يخفى على الجيران ، والشأن أن يصدق النساء فيه .

ولقد سئل مالك عن المطلقة تدعى أنها قد أسقطت وانقضت عدتها ولم يعلم ذلك بقولها .

فقال : الولادة والسقط لا يكاد أن يخفى على الجيران ، وأنها لوجوه يصدق الناس فيها ، وهو الشأن ، فكذلك مسألتك في ولادة الأمة .

قال في كتاب القذف وغيره : إذا أقر بوطء أمته فأتت ، فقال لها : لم تلد به ولا علم بجيرانها بذلك فالولد لاحق .

قال في باب آخر : وإن كان إنما ادعت أنها كانت سقطت أو ولدت منه فلا يمين لها ، ولا ولد معها ، فلا يمين على السيد ، كدعوى العتق ، ولا تكون أم ولد ، إلا أن تقيم رجلين على إقرار السيد بالوطء ، ثم تقيم امرأتين على الولادة ، فتكون حينئذ أم ولد ، ويثبت النسب ولدها إن كان معها ولد ، إلا أن يدعى سيدها استبراء الوطء فذلك له .

قال : وإن أقامت شاهداً واحداً على إقرار السيد بالوطء ، وامرأتين على الولادة، فهذا إن أقامته حلف السيد كما يحلف في العتق .

وكذلك إن أقامت شاهدين على إقراره بالوطء ، وامرأة على الولادة فليحلف ، لأنها لو أقامت امرأتين بذلك لثبتت الشهادة .

م : **قال بعض القرويين** : فإن نكل عن اليمين دخله اختلاف قول مالك ، إذا أقامت شاهداً على العتق وأبى أن يحلف .

قال سحنون في « كتاب ابنه » : لا أقول بهذا ، والجارية مصدقة في الولادة إذا أقر السيد بالوطء ، ويلزمه ما ولدت [ق/ ١٢ / ٣ ب] إلا أن يدعى استبراء .

ساوى سحنون بين إقراره الآن بالوطء وبين أن يقوم عليه بينة بذلك وهو منكر ، وهو القياس .

وفرق ابن القاسم بينهما ، وذلك أنه إذا أقر الآن بالوطء فهو مقر أنه أودع الأمة الولد فهى مصدقة ، أن هذه وديعتك ، فإذا أنكر أن يكون أودعها شيئًا ، فلا تصدق إلا بامرأتين على الولادة فيه ، فتتم الشهادة من كلا الناحيتين .

قال غيره : فأما لو أقامت شاهداً على إقراره بالوطء ، وامرأة على الولادة فلا يمين على السيد . وقد قيل : يلزمه اليمين .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : وإذا ولدت أم ولد رجل ولدًا ، فنفاه جاز نفيه إن ادعى الاستبراء ، وإلا لزمه الولد .

ولا ينظر هاهنا إلى إقراره بالوطء ، بخلاف الأمة ، لأنه قد جعل هذه خزانة للولد ، فإذا أتت به لزمه ما أتت به ، إلا أن يدعى استبراء .

ابن القاسم : إذا أعتقها سيدها أو مات عنها فأتت بولد لأربع سنين ، ولم تلد له النساء لزم السيد الولد ، إلا أن يدعى استبراء أو ينفى الولد ، فلا يلزمه وهو مصدق في الاستبراء .

فصل

ومن « **العتبية** » : ابن القاسم عن مالك : وإذا مات سيد أم الولد وبيدها حلى ومتاع فهو لها ، إلا الأمر المستنكر ، وكذلك الثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها ، وتستمتع بها في حياة سيدها فهي لها ، وإن لم يكن لها بينة على أصل عطية .

وروى أشهب عنه : أن الحلى والثياب واللحاف والفراش فذلك لها ، وإن ادعت متاع البيت ، فأرى أن تكلف البينة أن ذلك لها ، وإن كان ذلك من متاع النساء ، بخلاف الحرة .

قال : وما بيدها من متاع وهبه لها سيدها ، فليس لهم أخذه .

قال عن ابن القاسم : وإن أوصى عند موته إن هي قامت على ولده ، فدعوا لها ما كان لها من حلى وكسوة ، وإن لم تقم وتزوجت فخذوه ، فليس ذلك له ، وذلك لها حين مات وليس له في مرضه انتزاع ما كان أعطاها ، وكذلك المدبرة.

فيمن وطئ أمته وهي زوجة لعبد أو لغيره ، أو وطئ أمة مكاتبة ، أو أمة ولده أو والدة فأتت بولد

قال النبي ﷺ : « **الولد للفراش وللعاهر الحجر** »[1] يعنى الزاني ، فأما وطء الشبهة فليس من ذلك . وقد قال ﷺ : « **ادرؤوا الحدود بالشبهات** » .

قال مالك : فإذا درأ الحد ثبت النسب قال ابن القاسم : فمن زوج أمته من عبده أو من رجل أجنبى ، ثم وطئها السيد ، فأتت بولد ، فالولد للزوج ، ولا ينفيه

---

(١) أخرجه البخارى (١٩٤٨) ، ومسلم (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها .

بوطء السيد ولا ينفى إلا بلعان برؤية زنا . وأما بوطء السيد فلا ، ويلحق بالزوج لصحة وطئه وفساد وطء السيد ، إلا أن يكون الزوج معزولا عنها مدة فيها براءة الرحم .

أصبغ : وذلك حيضة أو قدرها .

ابن المواز : لقد نزلت فأمتى فيها بحضرتى فإن كان زوجها معزولاً عنها قدر الشهر ونحوه ، فإنه يلحق بالسيد ولا يحد ، ويؤدب إن لم يعذر بجهل ، وترك الأمة إلى زوجها إذا وضعت ، فإذا مات السيد عتقت ، ولها أن تختار نفسها إن كان زوجها عبدًا .

ابن المواز : ولا يقبل هاهنا قول الزوج إن أنكر قول السيد ، وادعى الولد لنفسه، وقال : كنت أغشاها من موضع غيبتى سرًا ، إلا أن يقيم بينة على ما ذكر فيكون أحق به من السيد ، وإن مات زوجها أو طلقها رجعت إلى سيدها وحل له وطؤها .

ابن المواز : وكذلك وطؤه لأمة عبد ، إلا أن هذا من السيد انتزاع لها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك لو أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم زوجها ، فادعاه السيد ، فإنه يلحق بالزوج وإن كان لأقل من ستة أشهر قد بنى بها الزوج سيد نكاحه ولحق بالسيد إن ادعاه ، وإن نفاه جاز نفيه إن ادعى الاستبراء أو بعد الوطء .

ومن « العتبية والواضحة » : قال مالك : ومن مات عن أمة حامل منه ، فإن كان حملاً بينًا لا شك فيه فقد تمت حرمتها في الشهادة والموارثة والقصاص والحدود عليها ولها .

قال في غيرها : وتعجب من قول من يقول : لا تتم حرمتها حتى تضع .

وقيل عن المغيرة : توقف أحكامها .

فصل

قال ابن القاسم :ومن وطئ أمة مكاتبة ، ولم يكن المكاتب يطأها ، فأتت بولد لحق به ، وكانت أم ولده ، ولا يحد إذ لا يجتمع الحد وثبات النسب ، وعليه قيمتها يوم حملت ولا قيمة عليه للولد .

يريد : ويأخذ المكاتب القيمة ويؤديها على نجومها ، ولا يقاصه بها ، لأنها جناية على ماله ، إلا أن يرضى المكاتب المقاصة فيجوز . كما لو رضى بتعجيل الكتابة ، وليس للسيد الامتناع من ذلك ، فإن كان عديمًا والذى على المكاتب كفاف قيمة الأمة ، عجل عتقه وقاص المكاتب سيده بذلك ، فإن زادت القيمة أتبع سيده بالزيادة .

وقال غيره : ليس على السيد تعجيل ما على مكاتبه ، ويغرم له القيمة في ملائه، وتباع الكتابة لذلك في عدمه ، فإن كان ثمنها كفاف قيمة الأمة ، كانت أم ولد للسيد ، وللمكاتب أخذ قيمة أمته معجلاً والأداء على نجومه ، إلا أن يشاء المكاتب أن يكون أولى بما يبيع من كتابته لتعجيل عتقه ، فذلك له ، وإن لم يكن في ثمن الكتابة إلا قدر نصف قيمة الأمة ، أخذه المكاتب وبقى له نصف قيمة الأمة رقيقًا، ونصفها للسيد بحساب أم الولد ، وأتبع السيد بنصف قيمة الولد .

قال سحنون : هذا كلام جميل .

قال بعض فقهائنا : ويحتمل أن يكون معنى قول ابن القاسم ، يقاصه إن رضى المكاتب ، فيتفق القولان .

وقد قال ابن القاسم في « كتاب المكاتب » : السيد يعتق الأب الزمن وله ما بقى بالكتابة أن السيد يأخذه ، ويعتق الولد بذلك .

وقال غيره : هذا إذا رضى الأب أن السيد يتهم على تعجيل النجوم قبل وقتها .

وأصحابنا يرون ذلك وفاقا لابن القاسم ، وكذلك هذا والله أعلم .

فصل

قال مالك : ومن وطئ أمة ابنه الصغير والكبير درأ عنه الحد ، وقومت عليه يوم الوطء حملت أو لم تحمل كان مليًا أو معدمًا .

ابن المواز : ثم يحل له وطؤها .

قال سحنون : بعد الاستبراء .

قال ابن القاسم : وليس للأب التماسك بها إذا لم تحمل .

قال ابن المواز : ولا أن يأخذها منه فيما يلزمه من قيمتها .

قال مالك : فأما أحد الشريكين يطأ أمة بينهما ، فإن لشريكه أن يتماسك بنصيبه منها إذا لم تحمل ، بخلاف الابن [ق/ ١٣ / ٣ ب] لأنها تحل للشريك وتحرم على الابن ، فاتقى أن يضرب عليها .

ابن القاسم : فإن كان الابن كبيرا أو الأب عديمًا قومت عليه يوم الوطء ، وبعناها عليه في تلك القيمة إذا لم تحمل .

وكذلك المرأة تحل جاريتها لزوجها أو ولدها الأجنبى فيطأها فتحمل ، فإن كان مليًا غرم قيمتها يوم أحبلها وكانت أم ولد له ، ولا قيمة عليه في ولده ، وإن لم تحمل غرم قيمتها يوم الوطء ، وبقيت له أمة وإن كان عديمًا ولم تحمل بيعت عليه ، فإن لم تكن في الثمن تمام القيمة أتبعوا بالبقية دينًا ، وليس للمتحل التماسك بها وإن لم تحمل .

م : لأنها إذا ردت عليه صح فيها عارية الفرج ، وخيف عليها أن يحلها ثانية ، فمنعت من ذلك .

ابن المواز : وقال عبد الملك وابن عبد الحكم : للابن التماسك بها إذا لم تحمل من الأب في عدم الأب ، وملائه إذا كان الأب مأمونًا عليها ، وليس كمن أحل جاريته لرجل .

م : يريد : لأن المحلل فعل ذلك فعوقب بأن لا تعود إليه ، وخوفًا أن يحملها ثانية ، ولأن ذلك ذريعة إلى إعارة الفرج ، يطأها المستعير ما بدا له ثم يردها ، والابن لم يبح وطء أمته للأب فينبغى عليه من ذلك ، فإذا كان مأمونًا عليها ردت عليه ولم تخرج من يده ، إلا أن يشاء كأحد الشريكين يطأ أمة بينهما .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا قومت على الأب أمة الابن وقد حملت من الأب ، فإن كان الابن وطئها قبل ذلك عتقت على الأب، إذا حرم عليه وطؤها وبيعها ولحق الولد به ، ولو لم تحمل من الأب حل له بيعها ، وحرم عليه وطؤها.

ومن « العتبية » : سحنون عن ابن الماجشون : فإن وطئها الابن بعد وطء الأب، فإنه يسقط القيمة عن الأب بمصاب الابن ، وتباع على الابن ، فيعطى ثمنها ما بلغ، كان أقل من القيمة أو أكثر .

وقال أصبغ : لا يعجبنى ، ولتقوم على كل حال قيمتها يوم وطئها إن اختلفت

القيمة وتباع على الوطء .

م : يريد : على الابن لأنه وطئها بعد أن لزمت الأب قيمتها يوم وطئها ، وصارت في ضمانه .

قال : وإذا بيعت على الابن تحاسبا على ذلك فمن كان له فضل أخذه ، ومن كان عليه نقص أداه .

قال ابن الماجشون : ولو وطئها في طهر فأتت بولد دعى له القافة فإذا ألحقته بالابن وكان هو الواطئ عتقت عليه الجارية ، وكان الولد ولده ، قاله أصبغ .

قال ابن الماجشون : ولزم الأب قيمتها له ، لأنه أفسدها عليه ، وإن كان هو الأب فالولد ولده ، والأمة أمته بالقيمة .

م : يريد : ويلزم الابن قيمتها للأب ، ويوم وطئها الابن ، ويتحاسبان بالقيمتين، فمن كان له فضل أخذه .

قال ابن الماجشون : فإن ألحقته بالثاني فكان هو الابن ، تحاسبا لقيمتين ، وإن كان هو الأب غرم قيمتها للابن على كل حال لما أفسدها .

قال في « كتاب السرقة » : وإن وطئ الابن أمة والده حد ، وأما الجد من قبل الأب أو الأم لا يحدون فيما وطئوا من إماء أبنائهم ، ولا يقطعون فيما سرقوا من أموالهم ، لأنهم آباء .

فإن قيل : فإن الجد يحد ويقطع لأنه نفقة ولد ولده لا تلزمه .

قيل له : فالأب لا تلزمه نفقة ولده الكبير ، ولا ابنته الثيب ، وهو لا يقطع فيما أخذ من أموالهما ، ولا يحد فيما وطئ من جواريهما ، فكذلك الحدود لا حد عليهم ولا قطع ولا نفقة .

ابن المواز : قال أشهب : يحد فيها كالأجنبى ، وإنما جاء : « **أنت ومالك لأبيك** » ، وفي الأب خاصة ، وبذلك ألزم الولد نفقة الأبوين ، ولا تلزمه نفقة أحد من الأجداد والجدات ، وقاله سحنون .

ابن المواز : وقال عبد الملك في الحر يطأ أمة ابنه العبد فتحمل . قال : عليه قيمتها ولا يحد ، وهي له أم ولد ، فإن كان عديمًا بقيت رقًا للابن وأتبعه بقيمة الولد

بعد وضعه .

فإن عتق الابن وهي حامل بعد النظر فيهما ، بقى الأمر على ما ذكرنا .

ثم إن أيسر الأب فاشتراها ، كانت له أمة يبيعها إن شاء ، وإن عتق الابن قبل النظر فيهما كانت له أم ولد ، وأتبعه بقيمتها فقط في عدمه .

وكذلك عنه في « كتاب ابن سحنون » .

وقال فيه ابن القاسم : إنه يضمن قيمتها حملت أو لم تحمل ، ولا يكون لسيد العبد خيار ، فإن كان مليًا أعطى سيد العبد قيمة الجارية ، وإن كان معسرًا أتبعه بقيمتها دينًا ، إن حملت أو بيعت إن لم تحمل .

ابن المواز : وإن كان الأب هو المملوك ، لم تكن له أم ولد ، لأنه عبد ، ولا يتبع بقيمتها ، لأنه ليس معنى الغصب ولا الجراح ولا حد عليه .

ولو قال الابن : سلمها إليه ونتبعه بقيمتها ، إذ حرمها على ، لم يجز ذلك ، لأن ما في بطنها عتق على أخيه .

ولو أسلم إليه بالثمن ، لم تكن له أم ولد .

وكذلك في « كتاب ابن سحنون » : عن ابن الماجشون وقال فيه ابن القاسم : إنه كالجناية ، وقيمة الجارية في رقبة العبد ، فإن شاء سيد العبد فداه بقيمة الجارية ، وتكون الجارية للعبد ، والعبد للسيد ، وإن شاء أسلمه فكان حرًا على ابنه ، وتتبعه الجارية ، وتكون له أم ولد إن كانت حاملاً ، لأنها مال من ماله ، والولد سيد العبد أسلمه أو فداه ، وليس للابن خيار في أن يقول : أعطوني الجارية .

وإن ماتت الجارية قبل أن يخير السيد فمصيبتها من العبد تكون في رقبته .

وكذلك ذكر عن ابن المواز : أنه كالجناية ، فإن فداه السيد بقيمة الجارية كانت الجارية للسيد ، وإن أسلمه كان حرًا على ابنه .

ابن المواز : ولا يعجبنا هذا مغرمها على الابن ، إلا ما حرمها على الابن ، ولا قيمة للوطء . كما لو رجع شاهد الطلاق بعد الحكم لم يغرما ، إذا كان قد بنى ، ولو كانت بكرًا فافتضها لم يلزمه شيء ، كما لا يلزم الأجنبى لأنها طاوعته ، وهذا على قول أشهب في الوطء .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : وإن وطئ الأب أم ولد ابنه غرم للابن قيمتها على أنها أمة ، وعتقت على الابن لثبوت الولاء له ، وإنما عتقت لأنها حرمت عليهما ، وبلغنى ذلك عن مالك .

ابن القاسم : وأما إن وطئ الأب زوجة ابنه ، لم تحرم على الابن .

م : يريد : في أحد قولى مالك ، بخلاف أم الولد ، لأن الأب لا حد عليه في وطء أم ولد ابنه ، ويحد عليه في وطئه زوجة ابنه ويرجم إن كان محصنًا .

وإن ولدت أم ولد الابن بعد وطء الأب إياها ، لحق الولد بالابن ، إلا أن يكون الابن معزولاً عنها قبل وطء الأب مدة في مثلها استبراء فيلحق بالأب.

م : قال بعض أصحابنا عن بعض شيوخه أنه قال : وإن لم يكن الابن معزولاً [ق/ ١٤ / ٣ ب] عنها حتى وطئ الأب ، ثم أتت بولد يشبه أن يكون من وطئه ، دعا للولد القافة ، فمن ألحقته به كان ابنًا له ، لأنه كوطء مالكين ، بخلاف وطء السيد أمته وهي زوجة لعبده أو لأجنبى والزوج مرسل عليها ، هذه يلحق الولد بالزوج ، لأن فراشه أولاً لصحته .

م : وهذا الذى ذكرنا إنما هو قول عبد الملك ، وما نقله أبو محمد ظاهر «المدونة» .

وكذلك في « الموازية » : **ونصه** : **قال ابن المواز** : وإن ولدت أمة ولدًا ، فادعاه أبو سيدها أنه ولده .

قال : يلحق به ، وتقوم عليه الأمة ، تكون عليه أم ولد ، وسواء أنكر ذلك الابن أو الأمة أو أقر ، إلا أن يدعيه الابن فهو أولى للفراش .

وهذا هو الصواب ؛ لأن فراش الابن أصح .

ابن حبيب : قال أصبغ عن ابن القاسم : ولو كان الوالد عبدًا لم يحد ، وتكون قيمة أم ولد ابنه في رقبته ، فإما فداه سيده أو أسلمه ، وتعتق أم الولد على الابن ، لأنها حرمت عليه ، ولا يتهم الأب أنه أراد أن يكون عبدًا لابنه . كما لو قطع له عضوًا لكان ذلك في رقبته .

وكذلك وطؤه لأمته البكر إذا نقصها ، أن ذلك في رقبته .

ولو كانت ثيبًا لم يلزم رقبته بشيء .

محمد بن عبد الحكم في نصراني وطئ أم ولد لابنه النصراني ، ثم أسلمت فإنها تعتق على الابن حين حرمت عليه ولا قيمة له على أبيه ، لأن الابن لو وطئها بعد وطء أبيه لم أمنعه من ذلك في نصرانيتهما ،فلما أسلما لم تلزم أباه قيمتها وهي حرة.

ولو كانت أمة فأسلما وهي حامل ، فليعتق ما في بطنها على أخيه ، ولا تقوم على الأب وهي أمة للابن .

ومن « كتاب العتق » لابن سحنون : ومن وطئ مدبرة ابنه فحملت منه ضمنت قيمتها للابن ، وتكون أم ولد للأب ، وإن لم تحمل فليغرم القيمة فتوقف ، فإن مات الابن وخرجت من ثلثه رجعت القيمة إلى الأب، وإن لحقه دين يرقها كانت للأب بالقيمة الأولى .

فصل

ابن المواز : ومن زوج أمته فقال : هي ابنتى فأصابها الزوج فأولدها ، ثم ظهر ذلك ، لم يحد والولد لازم للزوج بقيمتهم ، ولا تكون له الأمة أم ولد ، وهي زوجته إن شاء فارقها ، وكان قدر ما يستحل به فرجها ، ويرجع ببينة الصداق على سيدها الذى غره .

وإن شاء ثبت على نكاحه بالصداق المسمى ، وما ولدت له قبل فهم أحرار ، وتلزمهم قيمتهم يوم الحكم ، وما ولدت بعد علمه ورضاه فهم رقيق للسيد .

قيل : فإن كان إنما زوجه ابنته بعينها ثم أدخل عليه جاريته فوطئها فحملت ولم يعلم ، فإن هذه تكون أم ولد ويلزمه قيمتها يوم حملت ، ولا قيمة عليه في ولده . بمنزلة من أحل جاريته لرجل .

قلت : فلو علم الزوج قبل الوطء أنها ليست زوجته .

قال : سواء علم أو لم يعلم لا حد عليه ، وتلزمه قيمتها حملت أو لم تحمل ، وتكون ملكًا له .

فصل

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بجاريته وله مال مأمون ، فوطئها الموصى له قبل موت الموصى ، ثم مات الموصى ودفعت إلى الموصى له .

قال : هو زان ، وعليه الحد ، وولده ولد زنا لا يلحق به ، وإن كان إنما وطئها بعد موت السيد وعلى السيد دين يغترقها ، ولا مال له غيرها فلا حد عليه والولد لاحق به ، فإن كان موسراً غرم قيمتها أو كانت له أم ولد ، وإن كان معدمًا بيعت بعد الوضع ، ولم يبع ولدها واتبع بقيمته دينًا ، كالابن يطأ من تركة أبيه أمة ، وعلى الأب دين يغرمها ، فإنه يغرم القيمة في الملاء ، وتباع بعد الوضع في العدم ، ويتبع بقيمة الولد دينًا ، وهذه في الجنايات .

والفرق بين وطئه قبل الموت وبعده : أنه قبل الموت لا شيء له في الجارية ، لأن للموصى أن يرجع فيها ، ويصنع بها ما أحب، فإنما وطئ هذا أمة الموصى .

وأما بعد الموت : فهي جارية الموصى إن حملها الثلث ، أولد منها ما حمله الثلث ، وإن كان على الموصى دين للموصى له أداء الدين ، ولا شيء للغرماء فيها، لأن دينهم ليس في عين الجارية ، فإنما الموصى له كالمديان ، أو كأحد ورثته وهو أبين.

فيمن اشترى أمة ولدت منه أو من ابنه أو أخيه بنكاح

وإنما السنة في أم الولد أن تلد منك وأنت تملكها ، وليس لغيرك رق في حملها. فمن ابتاع زوجته لم تكن له أم ولد بما ولدت منه قبل الشراء ، أن يبتاعها حاملاً فتكون بذلك الحمل أم ولد ، ولو كانت زوجة أمة لأبيه ابتاعها ، ما لم تكن بذلك الحمل أم ولد ، لأن ما في بطنها قد عتق على جده ، بخلاف الأجنبى ، لأن الأب لو أراد بيع أمته لم يجز له ذلك ، لأنه قد عتق إليه ما في بطنها ، فلا يجوز أن تباع، ويستثنى ما في بطنها .

والأجنبى لو أراد بيع أمته الحامل وهي تحت زوج جاز له بيعها ، ودخل حملها في البيع معها .

وقال غيره : لا يجوز للابن شراؤها من والده وهي حامل ، لأن ما في بطنها قد عتق على جده فلا يجوز أن تباع ، ويستثنى ما في بطنها لأن ذلك غرر ، ولأنه وضع

من ثمنها لما استثنى وهو لا يدرى أيكون أو لا يكون ، فكما لا يجوز بيع الجنين لأنه غرر ، فكذلك لا يستثنى ، وهذا الجنين لا يرق ولا يلحقه دين ،لأنه عتق بسنة ، وليس هو عتق افتراق .

م : وقول الغير هذا كله ليس بخلاف لقول ابن القاسم ، وإنما تكلم ابن القاسم إذا اشتراها وفات ذلك ، كيف يكون الحكم ؟

وأما الأمة فليس له أن يبتاعها بريًا على قوله ، فإن ابتاعها فسخ البيع، إلا أن تضع فيلزم الولد قيمتها يوم قبضها على أن حملها حر لأنه بيع فاسد فات بالموضع .

ونحوه حكى بعض شيوخنا عن ابن القاسم : وأعاب قول من يجعله خلافًا .

ابن المواز : ومن تزوج أمة والده فمات الأب ، فورثها وهي حامل ، فإن كان أو لم يكن حملاً ظاهراً ، إلا أنها وضعته لأقل من ستة أشهر ، لم تكن له أم ولد ، لأنه قد عتق على جده ما في بطنها قبل أن يرثها أبوه ، ولم يملكه أبوه ولا تكون أم ولد أبدًا ، إلا لمن ملك رقبتها بما في بطنها حتى يعتق الجنين عليه لا على غيره .

قال : ولو وضعته لستة أشهر فأكثر ، فهى له أم ولد ، إلا أن يقول : لم أطأها بعد موت أبى ، فلا تكون به أم ولد وهو مصدق بغير يمين .

وكذلك لو وضعته بعد ستة أشهر من يوم موته ، وقال : لم أطأها إلا منذ خمسة أشهر لم تكن أم ولد .

ونحوه عن ابن الماجشون في « كتاب ابن سحنون » .

ابن المواز : ومن اشترى زوجته بعد أن أعتق السيد ما في بطنها ، فشراؤه جائز، وتكون بما تضع أم ولد، لأنه عليه عتق بالشراء ، أو لم يكن يصيبه عتق السيد [ق/ ١٥ / ٣ب] إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع ، ولأنها تباع في فلسه ، ويبيعها ورثته قبل الوضع إن شاؤوا ، وإن لم يكن عليه دين ، والثلث يحملها .

ولو ضربها رجل فألقته ميتًا ، فإنما فيه جنين أمة ، ولو كان ذلك بعد أن اشتراها الزوج ، كان فيه ما في جنين الحرة ، وولاؤه إن استحل لأبيه ، ولا ينظر في ذلك كله إلى عتق السيد ، إلا أنه لا يشتريها أجنبى بعد عتق السيد جنينًا ، لا من قبل أن يرهقها دين ، ويرد إن فعل .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : ومن ابتاع زوجة والده حاملاً ،انفسخ نكاح

الأب ، إذ لا ينكح أمة والده ، ولا تكون أم ولد للأب وتباع رقيقًا للابن ، ويعتق عليها ما في بطنها ولا يبيعها حتى تضع ، إلا أن يرهقه دين فتباع وهي حامل ،وقاله أشهب .

وقال غيرهما : لا تباع في الدين حتى تضع ، لأن عتق هذا ليس هو افتراق من السيد ، إنما أعتقه لسنة ، وعتق السنة آكد من عتق الافتراق وأشد ، وهي اختلاف من اشترى زوجته الحامل وهي أمة لأبيه ، عند ابن القاسم تلك للابن وجنينها ولا يلحق دين .

والفرق بينهما عنده : أن الولد في المسألة الأولى خلق حرًا لم يمسه رقه ، وفي هذه المسألة : قد مسه الرق في بطنها ، وإنما عتق باشتراء الولد الأمة ، فأشبه العتق المبتدأ .

وغيره لم يفرق بينهما ، لأنه كله عتق سنة ، فوجب أن يتساوى الحكم فيها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو اشترى زوجة أخيه حاملاً ،فهى والولد رقيقًا له ، والنكاح ثابت والشراء جائز ، إذ لا يعتق عليه بنو أخيه .

في أم ولد المرتد ومدبرة ، وأم ولد الذمى تسلم ، وحكم ولدها من غيره

قال ابن القاسم : ومن ارتد ولحق بدار الحرب وقف ماله ومدبره وأم ولده ، ولا تعتق عليه أم ولد ، إذ لا يسلم ماله الذى في دار السلام بين ورثة من لا يقسم ماله بين ورثته فلا يعتق عليه أمهات أولاده .

وكذلك قال مالك في الأسير يتنصر ، فهذا مثله ابن القاسم .

وتحرم على المرتد أم ولده في حال ردته حتى يسلم ، فتحل له .

وأما النكاح فتنقطع عصمته بارتداده ، وليس لأم الولد عصمته فتنقطع . فإن قوم فأسلم وجهت إليه أم ولده ، وعادت إليه ماله ورقيقه .

ابن المواز عن أشهب : تطلق عليه أم ولده بالردة ، كما تطلق عليه بذلك زوجته .

وهذا أقيس ، لأن من أطأهم في أم الولد ، إذا حرم وطئها وجب عتقها ، إذ لا خدمة فيها . وهو كالنصراني تسلم أم ولده .

فـالذى ثبت عليه مـالك : أنهـا تعتق إذا حـرم وطؤها ، ولا خـدمة فـيهـا ، والارتداد أشد .

ألا ترى : أن من أسلمت زوجتـه هو أملك بها إذا أسلم في عـدتها ، وأن من ارتد انقطعت عصمته وبانت منه ، فلا تحل له إلا بنكاح جديد بعد إسلامه .

ولأن المرتد هو الذى أدخل الارتداد على نفسه ، وأوجب لزوجته .

والنصراني لم يوجب لها فراقًا ولا غير حكمًا . فوجبت أن يكون حكمه أخف، وحكم المرتد أشد .

م : ويحـتمل أن يكون الفـرق عند ابن القـاسم بين إسلام أم ولد النصـراني ، وارتداد المسلم وله أم ولد : أن المرتد إذا قرر عليه استتيب ثلاثًا ، فإن تاب وإلا قتل، ولا كبير ضرر على أم ولد في ذلك الإيقاف لقربه .

وأن أم ولد النصراني تسلم فهو ممن لا يجبر على الإسلام ، فإلى أي أجل يوقف عليه بعتقها ، أو لأن طول إيقافها ضرر وهو لا منفعة له اليوم فيها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قتل المرتد على ردته ،عتقت أم ولده من رأس ماله ، وعتق مدبروه في الثلث ، لأنه أمر عقده لهم في إسلامه وصحته ، ولم يكن يستطيع نقضه .

وأما كل وصية له نقضها وهو مسلم فإنها تسقط وكأنه أوصى بها في حال ردته، إذا كان قادرًا على الرجـوع عنها ، ووصيته في حال ردته لا تجـوز ، لأنه قد حجب عن ماله حتى يسلم ، فإن مات على ردته كان ماله لجميع المسلمين .

وكذلك الأسير إذا تنصر في جميع ما وصفنا .

فصل

وإذا أسلمت أم ولد الذمى فقـال مالك مرة : توقف حتى يموت أو يسلـم فتحل له. ثم رجع فثبت على أنها تعتق ولا تسعى في قيمتها .

وروى عن مالك : أنها تباع ويدفع إليه ثمنها .

ابن المواز : إذا أسلمت عـرض على سيـدها الإسـلام ، فإن أبى عـتقت عليـه بحكم، قاله مالك وأصحابه .

وقال ابن عبد الحكم ، في أم ولد الذمي تسلم : توقف له حتى تحيض ، فإن أسلم قبل الحيضة كان أحق بها ، وإن لم يسلم حتى انقضت الحيضة عتقت عليه ، وجعل ذلك كإسلام زوجته إن أسلم قبل انقضاء عدتها كان أحق بها ، وإن انقضت العدة فقد بانت منه .

م : **قال بعض شيوخنا** في أم ولد الذمي إذا أسلمت ، فوقفت حتى يموت أو يسلم : إن نفقتها في حال الإيقاف على سيدها ، لأنها من أجله أوقفت .

قال بعض فقهائنا : فإن لم يكن معه مال ، ولا مال بيدها ينفق عليها ، فينبغي أن تعتق عليه .

وقد ذهب بعض الناس في أم ولد المسلم إذا لم يجد ما ينفق عليها : أنها تعتق عليه ، كما تطلق عليه زوجته لعدم النفقة .

وقد رأيت في كتاب القزويني : إن أم الولد إذا لم يقدر سيدها ينفق عليه ، فليزوجها من ينفق عليها وهي في ملكه ، وليس في عتقها عليه فائدة ، ولا سبيل له في بيعها لما فيها من عقد الحرية ، وليس كذلك الزوجة لأنها ما دامت في حباله لا تصل إلى تزويج من ينفق عليها ، ولذلك فرقنا بينهما .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أسلم بعدها قبل أن تعتق ، فهو أحق بها، وتبقى له أم ولد كما كانت .

وإن طال ما بين إسلامها ما لم تعتق بقضية إمام ، وكذلك إن كان إنما أولدها بعد أن أسلمت فإنها تعتق عليه ، إلا أن يسلم قبل عتقها ، فتبقى له أم ولد على حالها ، وتعتق بعد موته من رأس المال ، ويكون ولاؤها للمسلمين ، لأنه أولدها بعد إسلامها ، فهي كما لو دبرها أو كاتبها بعد أن أسلمت ، ثم أسلم هو ، فإن ولاءها إذا أعتقها للمسلمين .

وأما لو أسلم بعد أن عتقت أم ولده فلا ترجع إليه ، أولدها وهي على دينها أو بعد أن أسلمت ، ويرجع إليه ولاء التى ولدها وهي على دينه ، ولا يرجع إليه ولاء التى أولدها بعد أن أسلمت .

ابن المواز : ولو أسلم هو وحده بقيت له أم ولده بما تقدم ، وإن لم تلد بعد إسلامه حتى مات ، فهي حرة من رأس المال ، وإن لم يسلمها فله بيعها .

وإن مات فأراد ورثته بيعها فقال ابن وهب : إن تحاكموا إلينا منعناهم من ذلك ، وإن أبوا وأرادت هى حكمنا ، فليس لها ذلك ، وإن رضوا بحكمنا ثم بدا لهم ، فليس لهم ذلك .

وقال المغيرة فى « كتاب ابن سحنون » : وإذا مات فاختارت حكم المسلمين سن بها سنة [ق / ١٦ / ٣ ب] أم ولد المسلم ، وكذلك تقول إن حنث بطلاق امرأته ، أو حرية غلامه ، فرجعت المرأة أو الغلام ذلك إلى حكم المسلمين ، فليطلق عليه ويعتق .

قال سحنون : وهذا خلاف قول مالك وأصحابه ، وما علمنا من يقوله منهم غيره فى ذلك كله .

ومن « **الواضحة** » : ابن الماجشون : إذا أسلمت أم ولد الذمى ، فإن أنفق عليها وقفت له على يد مسلم ، ولم تعتق فإن مات عتقت ، فإن أسلم كانت له أم ولد .

وقال ابن عبد الحكم : توقف حتى تحيض حيضة فإن أسلم فيها وإلا عتقت ، وابن القاسم يعجل عتقها .

فصل

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وما ولدت أم ولد الذمى من غير سيدها بعد أن أولدها ، فلا يعتقون بإسلامه كانوا صغاراً أو كباراً ، كما لا يعتقون لو عجل السيد عتقها ، وإنما يعتقون بموت سيدها ، ولا يكونون مسلمين بإسلامها ، لأن الولد تبع للأب فى الدين ، وللأم فى الرق ، وإن أسلم كبارهم واجرناهم عليه ولم يعتقوا إلا إلى موت السيد .

ولو جنت الأم جبر السيد على افتكاكها ، ولو جنى ولدها لم يجبر على افتكاكهم ، وإنما عليه أن يفديهم بدية الجناية ، أو يسلم خدمتهم فيختدمهم المجروح حتى يستوفى أرش جرحه ، فيرجعون إلى سيدهم ، أو يموت السيد قبل ذلك فيعتقون ويتبعون ببقية الجناية .

وإذا أسلمت أم ولد الذمى ولها ولد من زوج لم يكن ولدها مسلمًا بإسلامها صغيراً كان أو كبيراً ، إذا كان أبوه نصرانيًا ، وتباع الأم وحدها دون الولد ، إلا أن يكون الولد صغيراً لم يستغن عنها ، فيباع عنها من مسلم ، وليس لمشتريه أن يجعله

مسلمًا إذا كره ذلك أبوه ، ويبقى على دين أبيه .

وقد قال مالك فى مسلم زوج أمته من عبده ، وهما نصرانيان ، فحدث لهما أولاد ، فأراد السيد جبرهم على الإسلام والولد صغير ، فليس ذلك للسيد .

ابن القاسم : وإن أسلمت أم ولد المكاتب الذمى وقفت فإن عتق عتقت عليه ، وإن عجز وكان سيده نصرانيًا رق وبيعت عليه .

م : يريد : وكذلك إن كان سيده مسلمًا وأبقاها بيده ، فإنها تباع ،إلا أن ينتزعها منه ، وللمكاتب بيعها إذا خاف العجز وطلب ذلك ، وإن لم يطلبه فهى موقوفة عنده كما ذكرنا ، وقاله أصبغ وأبو إسحاق .

وهذا يدل أن المكاتب بالعجز لا يكون منتزع المال ، ولو كان منتزع المال لم تبع عليه ، لأنها ملك لسيده وسيده مسلم .

فى أم ولد تكاتب أو تعتق على مال أو تباع

قال مالك : ولا يجوز للرجل أن يكاتب أم ولده ، لأنه يستسعيها فى الكتابة ولا خدمة له فيها . وأما إن أعتقها على مال يتعجله منه فجائز .

قال ابن القاسم : لأن القطاعة كأنه أخذ منها مالها وأعتقها ، وقد كان له أن يأخذه ولا يعتقها ، وأما الكتابة فكأنه باعها خدمتها ورقها إذ يستسعيها فى ذلك ، وأمهات الأولاد لا سعاية فيهن ولا غلة ، ولا أن يستخدمها فى مثل استقاء الماء والطحين وشبهه ، وإنما له فيهن المتعة .

م : **أبو إسحاق** : وانظر ، لو رضيت بالكتابة فقد يجوز ذلك ، لأنها إن أدت فى حياة السيد أعتقت ، وإن مات بطلت بقية الكتابة وأعتقت ، فلا ضرر فى ذلك .

ابن القاسم : وإن كاتبها فسخت الكتابة ، إلا أن تفوت بالأداء فتعتق ، ولا ترجع فيما أدت ، لأن له انتزاع مالها ما لم يمرض ، فإذا مرض لم يكن له ذلك ، إنما ينتزعه الآن لورثته .

م : **قال بعض فقهائنا** : ولو كانبها فى مرضه ، ودفعت إليه شيئًا ، فينبغى أن يرجع عليه بذلك ، وتطلب تركته إن مات بذلك .

قال : وأعرف لسحنون فيمن أعتق بعض عبده ، ثم أخذ من العبد مالاً وأعتق

باقيه ، فإنه يرد المال ، ولو مات كان ذلك فى تركته يطلبه به العبد .

فكذلك مسألة أم ولده هذه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وأما ولدها من غيره ممن ولدتهم بعد ولادتها منه فله أن يستخدمهم ويستغلهم ، ويسلم فى الجناية خدمتهم ، بخلاف أمهم وهم بمنزلتها فى العتق بعد موت السيد ، يعتقون من رأس المال .

وفى « كتاب ابن سحنون » : قال مالك : وكان ربيعة يقول : إنهم أحرار فى حياة سيدهم .

قال : ولم يؤذن له فى إنكاحها .

قال مالك : وأحب إلينا ألا يعتقوا إلا بعتق أمهم بعد موت السيد ، وأكره له يزوجها ، وربما كان له منها الولد الكبير ، فيريد بذلك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أسلم بعدها قبل أن تعتق فهو أحق بها، وتبقى له أم ولد كما كانت ، وإن طال ما بين إسلامها ما لم تعتق بقضية إمام ، وكذلك إن كان إنما أولدها بعد أن أسلمت ، فإنها تعتق عليه إلا أن يسلم قبل عتقها، فتبقى له أم ولد على حالها ، وتعتق بعد موته من رأس المال ، ويكون ولاؤها للمسلمين ، لأنه أولدها بعد إسلامها ، فهى كما لو دبرها أو كاتبها بعد أن أسلمت، ثم أسلم هو ، فإن ولاءها إذا أعتقها للمسلمين ، وأما لو أسلم بعد أن عتقت أم ولده ، فلا ترجع إليه ، أولدها وهى على دينها أو بعد أن أسلمت ، ويرجع إليه ولاء التى أولدها بعد أن أسلمت .

ابن المواز : ولو أسلم وللسيد أن يعجل عتق أم ولد على دين ،يبقى عليها برضاها وليس ذلك له ، بغير رضاها ، إذ ليس له أن يستعملها ، أو إذا كان برضاها جاز، كامرأة اختلعت من زوجها بدين جعله عليها ، إذ ليس إلا المتاع.

وقال يحيى بن سعيد وغيره : لا تجوز كتابة أم الولد ، وأما إذا قاطعها سيدها بشيء يتعجل به عتقها فجائز ، وإن مات السيد وعليها الدين الذى اشترت به نفسها اتبعت به ، ولو كانت كتابة سقطت وعتقت من رأس المال .

قال ابن القاسم : وإذا كاتب الذمى أم ولده الذمية ، ثم أسلمت عتقت وسقطت عنه الكتابة .

م : **قال بعض فقهائنا : فهذا بناه على قول مالك** فى أم ولد الذمى ، تسلم أنها

تعتق عليه ، وأما على قوله : توقف حتى يسلم أو يموت فتعتق . فيجب إذا كاتبها وأسلمت أن تخير أن تتمادى على كتابتها بأدائها ، أو تعجز نفسها فتبقى موقوفة له .

وأما على القول الذى قال فيه : إن أم ولد الذمى إذا أسلمت تباع ويدفع إليه ثمنها، فهى كاملة له كاتبها تباع كتابتها من مسلم ، فلا تكون لسواه مالاً من الأمة.

فصل

وقد تقدم فى الباب الأول الحجة فى منع بيع أمهات الأولاد بالسنة والإجماع .

قال مالك : فمن باع أم ولده فأعتقها المبتاع . نقض البيع والعتق ، وعادت له أم ولد ، وأما إن ماتت بيد المبتاع قبل أن يردها فمصيبتها من [ق/ ١٧ / ٣ ب] البائع ويرد الثمن .

قال ابن القاسم : وإن لم يعلم للمبتاع موضعا كان على البائع طلبه حتى يرد الثمن ، ماتت أم الولد أو بقيت ، وذلك إن مات البائع أو المبتاع ، أو ماتت هى بعد موت السيد أو قبله ، أو لم يمت السيد وهو ملى ، أو معدم ، فالثمن فى ذمته حتى يرده إلى المبتاع ، أو إلى ورثته .

ابن حبيب : قال مطرف عن مالك : ولو أولدها المبتاع فالولد به لاحق ، ولا قيمة عليه فيه ، لأن البائع أباحه فرجها ، وإنما له قيمة الولد إن بيعت عليه بغير طوعه . وقاله أصبغ .

وقال ابن الماجشون : عليه قيمة الولد عبيد . وقال فيما سوى ذلك كقول مالك.

وقال ابن عبد الحكم : بل على أنهم يعتقون بموت البائع .

وقال ابن الماجشون : ولو زوجها المبتاع لغيره ، فولدت منه لردت مع ولدها للبائع ، ويكون لولدها حكم ولد أم الولد .

وقال أصبغ : ذلك سواء أولدها المشترى أو زوجها فولدت ، لا شيء للبائع من ولدها ولا قيمة ، لأنه هو أباحها .

م : أبو محمد : قوله فى ولد الزوج فيه نظر .

قال أصبغ : ولو باع أم ولده على أنها حرة شرط مشروط لم ترد ، وولاؤها

لسيدها ، ويسوغ له الثمن ، كما لو أخذ مالاً على أن يعتقها ، ولو باعها على أن يعتقها المبتاع لا على أنها حرة ساعتين فهذه ترد ما لم تفت بالعتق فتمضى ، والولاء للبائع ويسوغ له الثمن لا المبتاع ، علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق ، فكأنه فكاك ، ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن .

قال أصبغ : ومن قال لأم ولده : إن وطئتك فَأَنْتِ حرة ، لم تعتق عليه ، لأنه بقى له فيها تلذذ بغير الوطء ، وبقى له فيها وطأة حلال ، ولو كان يملك أختها لم يحل له وطء أختها حتى يحرم فرج هذه بغير هذه اليمين .

وقد قال جل الناس إلا مالك فى أم الولد : إذا حرم فرجها ، حل له استخدامها إلى موته .

فى أم ولد المأذون والمدبر والمكاتب إذا أعتقوا

وأجمعوا : أن حمل ذات رحم إذا كان من زوج بمنزلة أمه ، وإن كان من ملك فبمنزلة أبيه فى الحرية والرق ، وهو فى الوجهين بمنزلة أبيه فى الدين والنسب .

قال مالك : فإذا اشترى العبد المأذون له فى التجارة أمة بإذن سيده أو بغير إذنه ، ثم عتق وقد كانت ولدت منه أولادا ، أو كانت حاملاً منه يوم العتق ، فهى تبع له كَمَالِهِ ولا تكون له بذلك أم ولد ، لأن ذلك الولد رق للسيد إذا ولدها وهو عبد فولده من أمته مثله .

ابن القاسم : إلا إن تملك المأذون حملها قبل أن تضعه .

م : يريد : بهبة أو بصدقة أو بشراء ، وإن كان لا يجوز شراؤه ، إلا أنه إذا وقع البيع فقد وقع الفوت فى الجنين بحصول الحرية فيه ، لأنه معتوق بنفس الشراء ، لا كما زعم بعض أصحابنا : أنه لا يفوت إلا بالوضع .

فإذا ملك حملها بأحد هذه الوجوه كانت بذلك أم ولد ، وأما لو اشترى المأذون زوجته حامل منه ، ثم أعتقه السيد ، فإن الولد وأمه يتبعانه ، لأن الولد فى هذا الموضع كَمَالِهِ ، ويعتق عليه وتكون أمته بذلك أم ولد . بخلاف الذى يولد أمة نفسه .

والفرق بينهما : أن هذا الولد بمنزلة أمه ، لأنه من نكاح ، وأمه قد صارت بالشراء أمة للعبد ، فكذلك ولدها .

ألا ترى ، أنهما يباعان عليه فى الدين وإن زايلها ، فإذا عتق تبعه بما فى بطنها، وعتقت عليه جنينها ، فوجب أن تكون به أم ولد .

وكذلك عندى ، إن ولدت قبل العتق ، ثم عتق الأب ، لأن الولد عنده حتى ينزعه منه سيده ، فولده بمنزلته فهو عبد للسيد ، فكذلك ولده ، فإذا أعتق لم يتبعه، فهذا فرق ما بينهما .

ابن المواز : ولا تباع الأمة فى دينه قبل أن تضع .

م : يريد : عتق أو لم يعتق . وقاله أصبغ عن ابن القاسم فى « العتبية » .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو أن العبد حين أعتقه سيده أعتق هو جاريته وهى حامل منه ، لم أعجل لها ذلك ، وكانت حدودها حدود أمة حتى تضع ، فيرق الولد للسيد الأعلى ، وتعتق هى بالعتق الأول فيها بغير إحداث .

ألا ترى ، أن من دبر عبده أو كاتبه ، وللعبد أمة حامل منه ، أو يدخله السيد فى التدبير .

قال سحنون فى الذى أعتقها المأذون بعد عتقه : توقف أحكامها ، فإن وضعت كانت حدودها حدود أمة ، لأنها اليوم تم عتقها ، وإن أبقيت فحدود حرة من يوم العتق ، إذ لو علم أنه ريح لم توقف .

واختلف قوله فى أم ولد المأذون فقال : له بيعها .

وقال : لا يبيعها إلا بإذن سيده .

وكذلك قال ابن القاسم فى « المدونة » ، ورواه عنه ابن حبيب . قال ، وقال أصبغ : له بيعها بغير إذن السيد .

ورواه أشهب عن مالك .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكل ما ولد المدبر أو المكاتب من أمته مما حملت به بعد عقد التدبير أو الكتابة فهو بمنزلته ، يعتق مع المكاتب بالأداء أو مع المدبر فى الثلث ، وإذا عتقا كانت الأمة أم ولد بذلك لهما ، كان الولد الآن حيًا أو ميتًا ، قاله مالك .

ابن القاسم : لأن ولدها بمنزلة أبيه ، فوجب أن يجرى فيها ما جرى فى ولدها.

قال سحنون : ولمالك قول ثان ، أنها لا تكون بذلك أم ولد ، وقاله أكثر الرواة فى المدبر خاصة إذا كان لسيده انتزاعها إن لم تكن حاملاً ، وأن المدبر لا يبيعها إلا بإذن السيد .

قال : وأما المكاتب فهى له أم ولد إذا أعتقت ، إذ كان السيد ممنوعًا من ماله ، وليس للمكاتب بيعها وإن أذن له سيده ، حتى يخاف العجز .

ابن المواز : وقال أشهب وعبد الملك : لا تكون أم ولد بما حملت بعد عقد التدبير وعقد الكتابة وعتق إلى أجل ، وإن ولدته بعد تمام الحرية فى الأب ، إلا أن للولد حكم الأب .

وإن شك فى الحمل ، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من تمام عتق الأب لم تكن به أم ولد .

قالا : لأن ما فى بطنها لم يملكه الأب ، وقد جرى لغيره فيه حرية ، فلا تكن أم ولد بما جرت لغيره فيه حرية .

ابن المواز : وهو القياس ، وربما غلب الاستحسان فى بعض العلم .

وقول مالك وابن القاسم أحب إلىَّ ، لأن كل ولد تلده الأمة من سيدها فله حكم أبيه ، وما ولدته من غير سيدها فهو بمنزلتها .

ومن « المدونة » : قال ابن كنانة : ملك عبد مدبر اشترى أمة فوطئها فحملت، ثم عَجَّلَ السيد عتقه ، وقد علم أن ماله يتبعه ، أترى ولده يتبع المدبر ؟

فقال : لا ، ولكن ؛ إذا وضعته كان مدبرًا على حال ما كان عليه الأب قبل أن يعتقه السيد ، والجارية تبع للعبد ، لأنها ماله .

ابن القاسم : واختلف قول مالك ، هل تكون هذه الأمة بهذا الولد أم ولد ؟

وإذا مات المدبر وترك ولدًا حدث فى تدبيره من أمته ، ثم مات السيد كانت أم ولد المدبر ، وما ترك من مال السيد ويعتق ولده فى ثلث السيد [ق/ ١٨ / ٣ ب] بعد موته .

قال فى « الموازية » : ولو مات المدبر وأمته حامل منه رقت ، وكان ولده مدبرا.

ولو مات السيد والمدبر حتى عتق مع ولده ومع ما فى بطن أم ولده بالحصص ، فإن خرجوا بقيت أم ولد المدبر أم ولد .

م : يريد : على الاختلاف ، وإن عتق بعضهم بقيت له رقيقًا يتبعها إن شاء، فإن أولدها بعد ذلك لم تكن له أم ولد ، لأن نصفه رقيق ، وأعتق باقيه وهى حامل منه لم تكن له به أم ولد .

بخلاف المعتق إلى أجل ، يعتق أمته حامل منه ، إنما تكون به أم ولد ، لأنه كتمام الأجل فيه .

وإن مات قبل الأجل وقت ، وكان السيد فى المدبر وموته قبل الأجل كموت المدبر قبل سيده ، وأما أم ولد المكاتب إن مات فبخلاف ذلك ، هذه تعتق فيما ترد إن ترك ولدًا ، وفيما تسعه هى وهم .

واختلف فيه : إن ترك أخاه وأباه معه فى كتابة .

فابن القاسم يرقها . وأشهب يعتقها معه فيما ترد ، لا فيما فى سعايتهما ، وهذا فى المكاتب مذكور .

ابن المواز : وقال عبد الملك فى العبد المدبر أو المعتق إلى أجل أو ابن أم ولد من أجنبى دبر أمته بإذن السيد : فإنها حرة حين تبين حملها ، لأن إذن السيد بتدبيرها كالانتزاع ، فصارت كمعتقة إلى أجل لا تحل للسيد ، ولا للعبد ، ثم صارت أم ولد للسيد لا يحل له وطؤها فعتقت .

جامع القول فى استلحاق الولد

قال الله تعالى : ﴿ ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ ﴾ الآية (١).

فكل حائز للنسب أو مستلحق له فهو على ذلك ، حتى يتبين كذبه .

م : واستلحاق الولد عند ابن القاسم على ثلاثة أضرب وهو : أن يستلحق ولدًا وَلَدَ عنده من أمته أو ولدته بعد أن باعها لمثل ما تلحق فيه الأنساب ، ولم يطأ المبتاع ولا زوج ولا يتبين كذب المستلحق له ، فهو يلحق به بلا خلاف .

والثانى : أن يستلحق ولدًا لم يولد عنده ، ولا علم به ملك أمه بشراء ولا

---

(١) سورة الأحزاب (٥) .

نكاح، فهـذا يلحق به عند ابن القـاسم . إذا لم يتبين كـذبه ، ولا يلحق به عند ابن سحنون .

والثالث : أن يستلحق ولدًا فى ملك غيره أو بعد أن استحقه غيره فهذا لا يلحق به عند ابن القاسم . إذا كذبه الحائز لرق أو لولاية .

أشهب : يلحق به ، ويكون ابنًا لهذا ومولى لمن أعتـقه ، وعبدًا لمن ملكه . وإن أعتقه مولاه ورث أباه وورثته .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : وما علمت بين الناس اختلافًا : أن إقرار الرجل بولد الولد أو بالأجداد أو بالإخـوة وغيرهم من سائر القرابات لا يـجوز ولا يثبت به نسب مع وارث معروف ، أو مع غير وارث .

قال هو وأصبغ : وإنمـا يجوز إقراره بولد الصلب خاصـة ، أقر به فى مرض أو صحـة ، كان له ولد غيـره أو لم يكن ، فإذا كـان أخ أو ابن أخ معروف فـأقر بأخ آخر، أو بابن عم فإقراره باطل ، وميراثه للوارث المعروف .

وإن لم يكن له وارث معـروف ، ولا موالى غيـر هو المقر به ، يجـوز إقراره له ويستوجب ميراثه ، ولا يثبت به نسبـه . وإن أتى بعد ذلك أحد فأقام البينة أنه وارثه كان أحق بالميراث من المقر له .

وقـال أيضًـا سـحنون : لا يجـوز إقراره لـه ولا وارثه ، وإن لم يكن له وارث معروف فإن المسلمين يرثونه بذلك كالوارث المعروف .

قال ابن سحنون : اختلف أصحابنا وأهل العـراق فى مثل هذا ، لاختلافهم فى الأصل .

قـالوا : إذا لم يكن له وارث مـعـروف جاز له أن يوصـى بماله كله لمن أحب ؛ فلذلك جوزوا إقراره بمن ذكرنا من القرابات .

وأصحابنا لا يجيزون له أن يوصى إلا بالثلث ، وإن لم يكن له وارث معروف .

قال أصـبغ : ولو أقر بأن هذا الرجل وارثـه ، وله ورثة معروفـون فلم يمت المقر حتى مات وارثوه المعروفون ، فإن مـيراثه لهذا الذى أقر له أنه وارثه ، وكأنه أقر ولا وارث له .

فصل

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : فيمن باع صبيًا ولد عنده ، ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه لحق به ، ورد الثمن ، إلا أن يتبين كذبه .

وقد نزلت بالمدينة ، فقضى به بعد خمس عشرة سنة .

م : واختلف القرويون : هل يرجع المشترى على البائع بنفقة الولد إلى يوم استلحاقه ؟

فقال أبو بكر بن عبد الرحمن : إنه يرجع عليه بالنفقة ، وهو كمن تعمد طرح ولده فأنفق عليه رجل ، إنه يرجع عليه بالنفقة . فكذلك هذا وهذا أشد ، لأن الذى يطرح ولده متأول فى طرحه والمستلحق لا تأويل له .

وقال غيره : لا يرجع بالنفقة ، إذ له غلته ، كما لو اشترى عبدًا فاستلحق بحرية أنه لا يقدم أجر خدمته ، وتكون خدمته بنفقته .

قيل : فلو كان صغيرًا لا خدمة فيه .

قال : لا نفقة له وإن كان كبيرًا ، لأنه ممن تكون فيه الخدمة فى المستقبل ، وليس كمن طرح ولده .

وقال غيرهما : إن كان فيه خدمة وأقر المبتاع بخدمته ، أو ثبت أنه خدمه فلا نفقة له .

والنفقة بالخدمة ، وإن كان صغيرًا لا خدمة فيه رجع بالنفقة .

وهذا أعدلها ، لأنه اشتراه للخدمة والنفقة عليه ، فقد حصل له غرضه ، فلا تباعة له .

وقد ذكر مثل ذلك عن سحنون .

ابن القاسم : وكذلك لو لم يولد عنده ، أو لم يكن يعرف أنه ملك أمه بشراء أو بنكاح فإنه يلحق به ، وكذلك إن استلحق عبده أو أمته، فقال: هما ولدى لحقا به ، إلا أن يتبين كذبه فى ذلك كله فلا يلحق به .

وقد قال مالك : ومن ادعى ولدا لا يعرف كذبه ، فيستلحق به .

قال سحنون : هذا كله لا أعرفه ، وسيأتى خلافه .

ابن القاسم : والذى يتبين به كذبه مثل أن يكون له أب معروف أو هم من المجهولين من بلد لا يعرف أنه دخلها ، كالزنج والصقالبة ، أو تقوم بينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت ، قيل له : فإن قالوا : لم تزل ملكًا لغيره . قال : ما أدرى ، ولعله تزوجها .

وأما إن كان استلحق مسلمًا محمولاً من بلد دخلها لحق به .

وقال أشهب فى « كتاب ابن سحنون » : ولو سبى رجل وصبى ، فأعتقا فادعاه ابنا ، لم يتوارثا بولد ، ودعوى الصبى من أب أو ابن أخ أو أخ سواء .

جاء ذلك عن عمر ، محملاً أنه لا يلحق نسب إلا من ولد من الإسلام .

ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : ولو باع رجل عبده ، فأخذ الجوارى عند المشترى وهو الأولاد ، ثم استلحقه البائع ، فإنه يلحق به هو وكل ولد له ويصير أبوهم جدًا ، ويرجع إلى البائع بجميع ما عنده من مال ، ويرد البائع الثمن ، ولا قيمة عليه فى ولد العبد . وكذلك لو مات العبد ، ثم استلحقه ، فإنه يلحق به ولد العبد ، ويأخذ ماله ويغرم الثمن .

ولو كان إنما زوجه المشترى أمته أو أمة غيره ، لم يأخذ البائع الولد ، وإنما يأخذ العبد وماله ، إلا أن ولده [ق/ ١٩ / ٣ ب] ينسبون إليه هم وأبوهم . وقاله أصبغ .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ولد عنده صبى فأعتقه ، ثم استلحق بعد أن كبر الصبى ، لحق به ، وإن كذبه الولد ، فإن استلحق صبيًا فى ملك غيره ، أو بعد أن أعتقه غيره ، لم يصدق إذا أكذبه الحائز لرقه أو لولائه ، ولا يرثه إلا ببينة تبينت .

وكذلك إن استلحق ابن أمة لرجل وادعى نكاحها وأكذبه السيد ، لم يلحق به ولا يثبت نسبه منه ، إلا أن يشتريه ، فيلحق به ، ويكون حرًا . كمن ردت شهادته بعتق عبده ، ثم اشتراه ، ولأنه أقر أنه ولده بنكاح لا يحرم .

وإن ابتاع الأم لم تكن به أم ولد ، لأنه أولدها فى ملك غيره ، ولو اشتراها حاملاً وادعى أنه حملها منه بنكاح ، فإن الولد يلحق به ، وتكون هى به أم ولد .

قال ابن القاسم : ولو أن سيد الولد أعتقهم قبل أن يشتريهم مستلحقهم لم يثبت

نسبهم من هذا الذى ادعاهم ، ولا يوارثهم إلا بأمر يثبت ، لأن الولاء قد ثبت لسيدهم ، فلا يثبت عنهم إلا ببينة .

ابن المواز : وقال أشهب : يلحقون بمن ادعاهم قبل أن يعتقوا أو بعد ، ويثبت نسبهم منه ، إلا أن ولاءهم لسيدهم ، ومتى أعتقهم ورثوا آباءهم وورثهم .

ومن « المدونة » : قال : ومن ابتاع أمة وولدها أو ابتاعها بلا ولد ، فولدت عنده، لم تلحق فيه الأنساب ولم يدعه ، فادعاه البائع ، فإنه يلحق به ، ويرد البيع وتعود هى أم ولد ، إن لم يتهم فيها .

ابن المواز :لا تهمة فى هذا إذا كان مليًا والولد معها .

قال ابن القاسم : إن اتهم فيها وهو ملىء لم يرد إليه إلا الولد بحصته ، وترد هى حتى يسلم من خطيئتين من العدم والصبابة فيها .

ابن المواز : واختلف فيها إذا كان عديمًا .

فروى أشهب عن مالك : أنه يصدق فيه وفيها ويرادان ويتبع بالثمن دينًا .وأخذ به أشهب ، وابن عبد الحكم .

ابن حبيب : وقاله أصبغ .

ابن المواز : وروى أشهب أيضًا : أنه لا يصدق فيها ، ويصدق فى الولد ، ويرد بحصته من الثمن . وبه قال ابن القاسم .

إلا أن تقوم بينة أنه أقر قبل بيعها بالمسيس ، فيرد بيع الأم والولد فى عدمه ، ويتبع بالثمن دينًا .

وذكره ابن حبيب عن عبد الملك وقال : إذا كان الولد حملاً وضعته ، كيف يقوم ؟

قال : قيمته يوم وضعته .

قيل : فلم لا كان قيمته يوم أقر به ؟

قال : ليس كالمستحق ، لأن ولد تلك لو مات لم يلزم أباه قيمته . ولو مات ولد هذه لزم أباه حصته من الثمن .

قال : وإن كان بيع معها فقيمتها يوم المبيع، وذلك فى الوجهين بقدر ما ينوبه من

الثمن .

قال : وإن كان بيع معها ولو لم يكن معـها ولد ، أو كان معها ولد فمات ، ثم أقر أنها ولدت منـه ، فإنه مصدق ، إلا أن يتهم فـيها بصبابـة ، أو يكون عديمًا فلا يصدق ، إذا لم يعرف مسيسه إياها إلا بإقراره اليوم .

فأما إن قيل : إقرار بذلك قبل بيعها ، فـإنه مصدق فى ملئه وعدمه ، كان معها ولد أم لم يكن ، رقيق أو كانت دنية كأم ولد بيعت .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القـاسم فى « العتبية » : فيـمن باع أمة حاملاً ، ثم أقر أن الحمل منه ، فإن اتهم فـيها بصبابة لحق به الولد خاصة ، وأدى قـيمته يوم أقر به .

وتفسير ذلك : أن يقال كم قيمته يوم عـقد الصفقة ، هل هيئته الآن ، ثم تقوم الأم بلا ولد ، ثم تعرف قيمته من قيـمة الأم ، فيرد من الثمن ما يخص الولد، وهو خلاف ما ذكر ابن حبيب ، من أن يرد قيمة الولد يوم الوضع .

وهذا يجرى على اختلافهم فى المكاتبة تلد بعـد الكتابة ، فيبلغ الولد السعى قبل أداء الكتابة ، ماذا يكون على الولد من الكتابة ؟

فقيل : عليـه ما يخصه يوم الحكم ، أن لو كـان هكذا معها يوم عـقد الكتابة . وقيل : قدر طاقـته يوم بلوغ السعى ، أن لو كـان هكذا معها يوم عقـد الكتابة وهذا يشبه قول ابن حبيب يوم الوضع فى هذه المسألة ، والأولى يشبه قول ابن القاسم .

قال ابن القاسم : ولو كـان المستلحق عـديمًا ، لحق به وأتبع بقيـمتـه ، وإن لم يتبعهم فـيها بصبابة ولا بما صلحت فى بدنها ، وهو ملى فلـترد إليه ويرد الثمن ولا قيمة عليـه فى الولد ، وإن كان غير متهم وهو عديم لحق به ، وأتبع بقيـمته يوم أقر به.

م : يريد : على الصحة ، ولا ترد الأمة إليه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن ادعى الولد بعد عتق المبتاع الأمة لم أقبل قوله فيها ، وإن كان ممن لا يتهم فيها ، لأن عتقها قد ثبت فلا ترد إليه ببينة .

ابن حبيب : وقاله ابن الماجشون وأصبغ وابن القاسم .

وقد قال مالك فيمن اشترى جارية فأعتقها ، ثم ادعى البائع أنه كان أولدها ، أنه لا يقبل قوله إلا ببينة .

فكذلك مسألتك لا يقبل قوله فى الجارية بعد العتق ، إلا ببينة ، ويقبل دعواه فى الولد ويلحق به ، ويرد الثمن لإقراره أنه ثمن أم ولده .

ولو كان الولد خاصة هو المعتق أثبت الولاء لمعتقه ، وألحقت النسب بمستلحقه ، وورثه وأخذ الأم إن لم يتهم فيها لزماها ورد الثمن ، وإن اتهم فيها لم ترد إليه .

قال أبو محمد : وخيره ، ولا يرد الثمن حينئذ إذا اتهم فيها .

م : يريد : وهو إذا كان الولد يوم البيع حملاً ، لأن البائع لم يأخذ له حصته من الثمن ، لأنه استلحق ورد إليه . وقد كان أخذ له حصة ،فوجب عليه رد ذلك ، لأنه ثمن ولده ، ولا حجة على المبتاع فى عتقه الولد ، كما لا حجة عليه فى عتقه الأم . ويرد البائع ثمنها ، لأنه ثمن أم ولد .

فكذلك يرد حصة الولد ، لأنه ثمن ولده . وأما الحمل فلم يأخذ له حصة ، وإنما أخذ ثمن الأم وقد أبقيت للمبتاع فلا يرد إليه شيء من الثمن .

م : **قال بعض شيوخنا** : وإذا باع صبيًا ثم استلحقه فتبين كذبه فلم يرد إليه ، فإنه لا يرد الثمن . كقول أبى محمد فى الأمة .

وحكى عن بعض شيوخنا : إذا قامت بينة أن أم الصبى المستلحق لم تزل زوجة لفلان حتى ماتت ، وجب على المستلحق الحد .

وكذلك إذا عرف للمستلحق نسب ، فإنه قد يدعيه ، وكأنه نفاه من نسبه ، لأنه قال : لست ابن فلان .

والفرق بين استلحاق الرجل واستلحاق المرأة : أن الرجل يلحقه بنفسه ، والمرأة تلحقه بغيرها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا ادعاه بعد عتق المبتاع الأم والولد مضى ذلك وألحقت به نسب الولد ، ولم أزل عن المبتاع ما ثبت له من ولائهما ، ويرد للبائع الثمن ، لأنه ثمن لإقراره أنه ثمن أم ولده .

وكذلك إن استلحقه بعد موتها ، فإنه يرد الثمن ، لأنه ثمن أم ولده .

قيل لابن القاسم فى باب بعد هذا : أرأيت من باع صبيًا ولد عنده ، فأعتقه المبتاع ، ثم استلحقه البائع ، أتقبل دعواه وينتقض البيع فيه ولا يعتقه ؟

قال : أرى إن لم يتبين كذب البائع فالقول قوله .

قال سحنون : هذه [ق/ ٢٠ / ٣ ب] المسألة أعدل قوليه فى هذا الأصل .

ابن القاسم : والذى يبتاع الجارية فتلد بعد الشراء بأيام فيدعيه ، فهذا من تبين كذبه .

فلا تكون به أم ولد ، ولا يعتق عليه الولد ، ولا يثبت نسبه ، إلا أن يكون أصل الحمل فى ملكه ، وإن كان أصل الحمل فى غير ملكه لم يقبل دعواه ، إلا أن تكون الأمة كانت له زوجة ثم ابتاعها وهى حامل فيجوز دعواه .

قال سحنون : هذا كلام جيد .

وقال غيره - يعنى أشهب - : ومن باع أمة وولدها ، وقد ولدت عنده أو عند المبتاع لمثل ما تلد إليه النساء ، ولم يطأها المبتاع ولا زوج ، أو باع الولد وحبسها ، ثم استلحق الولد وهو والأم عند المبتاع أو أحدهما ، وقد أحدث فيها أو فى أحدهما عتقًا أو تدبيرًا أو كتابة أو لم يحدث شيئًا ، فذلك كله منتقض ، ويؤدى أو أحدهما إلى البائع ولد لا ولد ولد ، ويرد هو الثمن .

قال سحنون : فإن كان عديمًا . فبعض أصحابنا يقول : يتبع بالثمن دينًا .

وقال آخرون : وقاله مالك : يرد أبوه الولد خاصة بما ينوبه من الثمن للحوق النسب ، وأنه يرد إلى حرية ولا ترد الأم ، لأنه يتهم أن يردها للمتعة بغير أداء ثمن.

قال : وإذا لم يولد الولد عند بائع أو مبتاع لما يلحق إلى مثله الأنساب انفض بذلك صفقة مسلم أحدث المبتاع فى ذلك عتقًا أم لا ، لأن النسب لا يلحق به أبدًا ، إلا أن تلد الأمة وهى فى ملكه ، أو عند من ابتاع منه ، لما تلحق فيه الأنساب ، ولم يجز الولد نسب معروف ، أو كانت عنده زوجة فزالت وأتت بولد لما تلحق به فيه الأنساب ، وإلا لم يلحق به .

قال سحنون : هذا أصل جيد .

قال فى « كتاب ابنه » : ولو استلحق الولد بعد أن مات ، وصدقه المشترى ،

فإن كان أحدث في الأمة عتقًا أو تدبيرًا أو كتابة أو إيلادًا فلا ترد إليه ، وإن لم يحدث شيئًا ردها وأخذ الثمن . وكذلك لو لم يصدقه ولم يكذبه ، فليرجع عليه بالثمن ، وإن كذبه لم يرجع عليه بشيء .

واستحسن إن صدقه وقد أعتقها أو دبرها أو أولدها أن يرجع عليه بالثمن ، ويقر على حاله . وأما إن كاتبها فلتسأل هي ، فإن أقرت به انتقضت الكتابة وعادت إليه أم ولد ، ورد الثمن . وإن كذبته سعت في الكتابة فإن أدتها عتقت ورجع المبتاع على البائع بالثمن ، وما أدت من الكتابة لها وهي حرة ، وهذا استحسان .

فصل

ومن « كتاب ابن ميسر » : ومن أقر بولد أمة عبده فهو مصدق إذا ولدته وهي ملك عبده ولم ينسبه العبد إلى نفسه ، وهي به أم ولد وإن كان ولدته في غير ملك العبد ، فالولد أيضًا لاحق النسب بالسيد ، والأمة أمة لسيده إن تركها السيد له. وكذلك أمة مدبرة .

م : معنى قوله: وإن ولدته في غير ملك العبد ، أن العبد اشترى الأمة وولدها، فادعى السيد أنه كان تزوجها عند البائع من العبد ، وأن هذا الولد منه ، فهذا يلحق به الولد ، ولا تكون أمه أم ولد ، كما لو اشتراهما السيد بنفسه ثم استلحق الولد وادعى نكاح الأمة ، فإن الولد يلحق به ، ولا تكون الأمة أم ولد ، وقد تقدم هذا .

وأما أمة مكاتبه : فإن لم يدعي المكاتب لحق بالسيد وأدى قيمة أمة المكاتب ، وكانت به أم ولد ، وإن ولدته في غير ملك المكاتب انتظر بالمكاتب ، فإن عجز لحق الولد بالسيد وله أخذ الأمة وليست بأم ولد ، وإن أعتق المكاتب ، فإن صدق سيده لحق به الولد ، في قول ابن القاسم .

ولو استلحق ولد أمة ابنه لحقا به إن لم يدعه الولد لنفسه ، ولم يحزه نسب معروف ويغرم قيمة الأمة لولده في ملائه ، ويتبع في عدمه ، وهي أم ولد له ، ويؤدب إن لم يعذر بجهل .

وإن ولدته في غير ملك الابن فأمه أمة للابن والولد عتيق على أخيه ، وأما أمة والده فهي كأمة أجنبي إن استلحقه بما يجب استلحاقه ،وصدق الأب حتى على الجد، ولم تكن هي به أم ولد ، وإن لم تصدقه لم تلحق به ، إلا أن يملكه يومًا ما .

وإن استلحقه فلا يجوز له الاستلحاق ، لم يلحق به وعليه الحد إن ثبت على قوله .

ولو استلحق الجد ولد أمة ابن ابنه فقد اختلف فيه .

فقيل : هو كالأب فى الخدمة ودراية الجد .

وقيل : ليس ذلك إلا فى الأب خاصة .

فصل

ومن « كتاب ابن سحنون » : ومن ابتاع أمة فأولدها ، ثم قامت بينة أن البائع كان بيعها أنها ولدت منه ، فلم يبعها أم ولد ، ويأخذ من المبتاع قيمة ولده مرسلة ، لمستحقه .

وكذلك لو ماتت بيده ، لرجع المبتاع بالثمن على البائع ، وأدى إليه قيمة الولد فيتقاصان ويردان الفضل . ولو لم تمت حتى مات البائع قضى بحريتها من يوم موته، فإن أصابها المبتاع بعد ذلك لزمه لها صداق المثل فى قول المغيرة ، وابن القاسم لا يرى عليه مهراً .

قال سحنون : ويدفع بالثمن من مال الميت ولها حكم الحرية ، فى قول مالك والمغيرة .

وقد اختلف فى المشكوك فى حملها بعد موت السيد الواطئ لها ويموت لها ولد حر .

فقيل : إن صح الحمل ووضعت فلها حكم الحرة فى ذلك من يوم مات سيدها.

وروى ابن القاسم وغيره عن مالك : أن لها حكم الحرة من يوم تبين حملها ، وإن لم تضع .

قال سحنون : وإن بيعت من عبد مأذون فأولدها ، ثم ثبت إقرار بائعها الحر قبل البيع أنها أم ولد له ، فلترد إليه أم ولد ، ويرد معها ولد العبد ، ويكون بمنزلتها ، ولا يطأ شيئا من بناتها بملك يمين ، لأنهن معتقات إلى أجل ، وإنما يوطأن بالنكاح.

م : انظر قوله : ولا يطأ أحد من بناتها بملك يمين . فكيف يجوز أن يملكهن أحد غير سيد وهو أيضًا لا يجوز له وطؤهن ، لأنهن كالربائب المدخول بأمهاتهن .

فقـوله : لا يوطأن بملك يمين . يوهم أنه يملكـهن غير سـيد أمـهن ، وذلك لا يصح ، لأنه لا يجوز بيعهن ويعتقن بموت سيد أمهن من رأس المال .

فصل

ومن « العتبية » : سحنون : فيمن قال فى ثلاثة أولاد من أمته أحدهم ولدى .

م : يريد : ثم مات ،فالصغيـر منهم حر على كل حال ، لأنه إن كان المستلحق الكبير فالأوسط والصـغير حران بحرية الأم ، وإن كان الأوسط فالصـغير حر ، وإن كان الصغير ، فالأوسط والكبير عبدان . ففيهما الشك ولهم تفسير .

وقال فـى الصغـيرة فى مـوضع آخر : إنه يعـتق الصغـير وثلثـا الأوسط وثلث الكبير، لأنه إن كان أراد الأكبر فكلهم أحرار ، والأوسط فهو والأصغر حران .

وإن أراد الأصغر فهو حر وحده ، فالأصغر لا تجده فى كل الأحوال إلا حرًا .

والأوسط ثابت العتق بحالين ويرق فى حـال فيعتق ثلثاه والأكـبر ثابت العتق فى حال ، ويرق فى حالين ، فيعتق ثلثه .

وقال ابن عبد الحكم : يعتقون كلهم بالشك .

ابن المواز : ولو قـالت الأم : هم من سيـدى فأقـر [ق/ ٢١ / ٣ ب] السيـد بالصغـير ،وقـال فى الأول والأوسط : لم تلديهما أنت . فـالقول قـوله ، وإن أقر بالأوسط ، وقال فى الأول : لم تلديه ، أو ولدته قبل أن تلدى منى فذلك له ،وهى مصدقة فى الأصغر أنه منه ويلحق به ، إلا أن يدعى الاستبراء فيه .

وإن أقر بالأول فقط لزمـه الثانى والثالث ، إلا أن يدعى الاستبراء فـيهما أو فى أحدهما فلا يلزمه .

م : يريد : ويكون ابن أم ولد يعتق بعتقها بعد موت السيد .

ومن « العتبية » : سحنون : ومن أقر عند موته أن فلانة جاريته ولدت منه ، وأن فلانة ابنتـها ابنتى ، وللأمة ابنتان غـير التى أقر بهـما ، فمات ونسـيت البينة والورثة اسمها .

قال : إذا أقر بذلـك الورثة فهن كلهن أحرار ، ولهن ميـراث واحدة من البنات يقسم بينهن ولا تعتق واحدة منهن .

قال : وإن لم يقر بذلك الورثة ، ونسيت البينة اسمها ، فلا تعتق واحدة منهن.

فصل

وقد تقدم فى الباب الأول ذكر الأمة تدعى أنها ولدت من سيدها ، أنها لا تلحقه إلا أن تقيم شاهداً على إقرارها بالوطء ، وامرأتين على الولادة ، أو شاهد على إقراره بالوطء وامرأة على الولادة فيحلف .

ولو أقامت شاهدين على إقراره بالوطء وامرأتين على الولادة لثبت نسب الولد ، وكانت هى أم ولد .

ابن المواز ومحمد بن عبد الحكم : ومن شهد عليه شاهداً أنه أولدها هذا الولد، وشهد آخر أنه أقر أنه أولدها هذا الآخر لولد أصغر من الأول ، وشهد شاهد أنه أقر أنه أولدها ثالثًا بعينه أنه أصغر من الاثنين قال فى « المدونة » : وقد مات السيد .

قالوا : فقد أجمعوا على إقراره أنها أم ولد ، ولكن ؛ لم يجتمع بذلك شاهدان إلا من يوم إقراره بالحمل الثانى . فصارت شهادتهما من يومئذ أم ولد ، وإن اختلفا فى الولد ، وصار الابن الثانى كابن أم ولد ، فوجب أن يلحق بسيده ، وكذلك الثالث .

م : يريد : وإن لم يقم لها شاهدان أنه ابن أم ولد ، لم يعلم من السيد أنه أنكره وادعى الاستبراء .

قال ابن عبد الحكم : ولو شهد شاهد أنه أقر أنه ولدت منه هذا الولد ، وشهد آخر أنه أقر أنها ولدت منه آخر بغير عينه ولا يعرف الأول منها ، فلا يلحق به واحد منهما وتكون أم ولد . لاجتماعهما على إقراره أنها أم ولد ، ولو عرفنا الصغير ألحقناه به وبعد هذا باب فى الأمة .

فى اللقيط وفى الحملاء يدعون المناسبة

قال الله تعالى : ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ .

وقال عمر بن الخطاب فى اللقيط : حر ، وولاؤه للمسلمين وعقله على بيت المال.

قال مالك : من التقط اللقيط فأتاه رجل فادعى أنه ولده ، لم يصدق ولم يلحق

له ، إلا أن يكون لدعواه وجه .

كرجل عرف أنه لا يعيش له ولد ، فزعم أنه رماه ، لأنه سمع قول الناس أنه إذا طرح الولد عاش ، ونحوه مما يدل على صدقه .فإنه يلحق به وإن لم يصدق إلا ببينة.

وقال غيره : إذا علم أنه لقيط لم يقبل منه دعوى أحد إلا ببينة .

قيل لابن القاسم : فإن صدقه الملتقط ، أراه شاهدًا ، ولا تجوز شهادة واحد مع اليمين فى النسب .

قيل : فإن ادعاه ملتقطه .

قال : هو وغيره سواء ، لا يقبل دعواه إلا على ما وصفنا .

ابن المواز : وقال أشهب : يقبل قول من ادعاه ملتقطه كان أو غيره إلا أن يتبين كذبه.

خالف كل واحد من ابن القاسم وأشهب فى اللقيط أصله فى الاستحقاق .

فابن القاسم يقول : إذا استلحق ولدًا لم يولد عنده ولا عرف أنه ملك أمه بشراء ولا نكاح ولا تبين كذبه ، فإنه يلحق به ، ولا ينبغى على هذا أن يقبل قوله فى استلحاقه اللقيط .وقد قال : لا يقبل قوله .

وقال أشهب فى الاستلحاق : أنه لا يلحق به حتى يكون أصل الحمل عنده أو بعد خروج أمه من عنده لمثل ما تلحق فيه الأنساب ، وإلا لم يقبل قوله . فكل واحد خالف قوله فيحتمل أن يكون هذا من ابن القاسم على قوله الذى يوافقه فيه أشهب فى الاستلحاق ، ويحتمل أن يكون الفرق بينهما على قوله الآخر : إن اللقيط صار ولاؤه للمسلمين فصار نسبا حازه، فلا ينتقل عنه إلا بأمر يثبت، أو ربما يدل أنه ابنه، والمستلحق لم يجيزه نسب ، فوجب أن يلحق به .

وأما أشهب : فيحتمل أن يكون هذا منه على ما له فى « الموازية » ، فيمن استلحق صبيًا فى ملك غيره أو بعد أن أعتقه غيره .

فإنه قال : يلحق بمن ادعاه قبل أن يعتق أو بعد ، ويثبت نسبه منه ، إلا أن ولاء المعتق لسيده .

ومتى أعتق المملوك ورث أباه ، وورثه، فذلك على هذا ، والله أعلم .

وأما على قوله فى « المدونة » : أن النسب لا يلحق إلا أن يكون أصل الحمل فى ملك أو بعد خروج الأم من ملكه ، لما يلحق فيه الأنساب فيجب فى اللقيط ألا يلحق به ، ولا يكن أحسن حالاً من المستلحق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن ادعت امرأة لقيطًا أنه ولدها ، لم يقبل قولها . وإن جاءت بما يشبه من العذر .

ابن المواز : وقال أشهب : يقبل قولها . وإن قالت : من زنى يعرف كذبها .

ابن المواز : إن ادعته من زنا قبل قولها ، وأقيم عليها الحد ، وإن ادعت من زوج لم يقبل قولها ، إلا أن يقر به الزوج فيلحق به .

وقال أيضًا ابن المواز : ما بلغنى ، إن كان لها زوج حاضر فإنه يلحق به الولد ، إلا أن ينفيه بلعان فإن كانا ممن قد جاء من بلد لم يقبل قولها ، إلا أن يقر أنها زوجته، فيكونا كالحاضرين ، وإن أنكر لم يلحق به وتحد المرأة .

ومن « المدونة » : وإن ادعى أنه لقيط نصرانى قد التقطه مسلم ، فإن شهد له مسلمون لحق به . وكان على دينه ، إلا أن يسلم قبل ذلك .ويقبل الإسلام فيكون مسلمًا .

ابن المواز : وإن التقطه عبدا ونصرانى وعليه زى النصارى ، فإنه يكون حرًا مسلمًا ، إلا أن يلتقط فى زى الشرك أو مواضعهم فهو مشرك .

وفى كتاب « تضمين الصناع » : إن التقطه النصرانى فى زى المسلمين ومواضعهم فهو مسلم ، وإن كان فى زى أهل الشرك ومواضعهم فهو مشرك ، وإن كان وجد فى قرية ليس فيها إلا الاثنين أو الثلاثة من المسلمين ، فهذا إن التقطه نصرانى فهو نصرانى لا يعرض له ، وإن التقطه مسلم فهو مسلم .

ابن المواز : وقال أشهب : بل هو مسلم .

وكذلك إن التقطه مسلم فى قرى أهل الشرك وإن كان كنيسة كما جعله ابن المواز.

يريد : إن كان فى أرض الإسلام وحكمهم .

ومن كتاب « تضمين الصناع » : ومن التقط لقيطا وكابده عليه رجل فنزعه منه فدفعه إلى الإمام فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفايته وكان [ق / ٢٢ / ٣ ب] مأمونًا دفعه إليه والنفقة على اللقيط احتسابًا ، فإن لم يجد الإمام من يحتسب فيه أنفق عليه من بيت المال ، ولا يتبع اللقيط بشيء مما أنفق عليه ، وكذلك اليتامى الذين لا مال لهم .

وفي « الموازية » : من التقط لقيطًا لزمته نفقته حتى يبلغ ويستغنى ، وليس له أن يطرحه .

قال ابن القاسم : فإن استلحقه أحد ببينة أو غيرها ، فليرجع عليه بما أنفق إن تعمد طرحه ، وكان يومئذ مليًا ، فإن طرحه غيره فلا شيء على الأب .

وقال أشهب : لا شيء على الأب بحال ، لأن هذا أنفق حسبة ، وكذلك من أنفق على يتامى يرى أنه لا مال لهم ، ثم تبين لهم مال فلا يتبعهم ، لأنه أنفق حسبة.

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وحدثني الثقة عن ابن المسيب أن عمر بن الخطاب أبى أن يورث أحدًا من الأعاجم ، إلا من ولد في أرض العرب .

مالك : وذلك الأمر المجتمع عليه عندنا .

م : اختلف الناس في معنى قول عمر هذا .

فذهب جمهورهم : أنه لا يورثهم بقولهم إلا بالبينة العادلة على تحقيق أنسابهم، فإنهم يتوارثون بذلك ، ولا فرق بين ولادة الشرك إذا ثبتت وبين ولادة الإسلام .

وذكر ابن حبيب عن بعض شيوخه : أن معنى قول عمر ، ألا يتوارث بولادة الشرك وإن ثبت بالبينة العادلة .

قال : لو كان ثبت بالبينة لما كان بين ولادة الإسلام والشرك فرق .

والدليل للقول الأول : قوله تعالى : ﴿**وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ**﴾ الآية [الأنفال: ٧٥] ، فلم يخص ولادة .

وقد أجمع المسلمون على إيجاب التوارث بين أصحاب النبي ﷺ بالولادة التي

كانت قبل الإسلام ، وهى ولادة الشرك .إن كانت أنسابهم معروفة مشهورة ثابتة. فدل أن ما قلناه أولى .

ابن حبيب : وهذا الاختلاف فى العدد القليل ، وأما فى الكثير كالعشرين ونحوهم يسلمون ،أو يفتتحون أو حصن ثم يقرون فى مكانهم فيسلمون يتوارثون بأنسابهم وولادتهم ، وإن لم يعرف ذلك إلا بإقرار بعضهم لبعض . لا أعلم فيه اختلافًا ، فهذا من قوله يرد قوله فى العدد القليل ، أنهم لا يتوارثون .

وإن شهد بينة مسلمون ، أنه إن احتج بظاهر الحديث فيدخل ذلك عليه فى القليل والكثير .

وإن احتج أن العدد الكثير لا يتواطؤون على الكذب فيلزمه فى شهادة البينة العادلة من المسلمين .

أرأيت لو شهد بذلك عشرون من المسلمين أترد شهادتهم ، وتجيز شهادة الذين أسلموا ، تناقض بين ، وخطأ من القول .

ابن شهاب : وقضى بذلك عمر وعثمان .

قال مالك : والحملاء إذا أعتقوا ، وادعى بعضهم أنهم إخوة بعض أو عصبة ، فإن الذين أسروا أهل بيت أو نفر يسير يحملون على الإسلام فيسلمون ، فلا يتوارثون بقولهم ، كما فعل عمر ، ولا تقبل شهادة بعضهم لبعض ، إلا أن تشهد بذلك من كان ببلدهم من المسلمين ، وأما إن تحمل أهل مصرٍ أو عدد كثير ، وأباه سحنون . تقبل شهادة بعضهم لبعض ، ويتوارثون بتلك الولادة .

قال ابن القاسم فى « المستخرجة » : والعشرون عدد كثير، وأباه سحنون .

أبو إسحاق : فى هذا الكلام نظر ، لأنهم إذا كانوا عدولاً فالأشبه أن تجوز شهادة رجلين ، وإن شهد الرجلان المشهود لهما للشاهدين لأن ذلك حقوق مختلفة ، كما أجيز شهادة المسلوبين بعضهم لبعض على من سلبهم .

وأهل المركب بعضهم لبعض فى عقد الكراء ، وأما الذى لا يجوز أن يشهد لنفسه ولغيره فى حق واحد .

وأما إن شهد رجلان لرجلين فى ذكر حق ، ثم شهد المشهود لهم للشاهدين فى حق آخر على ذلك الرجل بعينه ، فلا ينظر ذلك .

وإن كان ابن القاسم إنما أراد : أن العشرين يقع بهم العلم الضرورى فيخلص إلى السامع العلم بصدق ما قالوه ، فلا يحتاج إلى عدالتهم ، ولا إلى كونهم مسلمين ، لأن العلم الضرورى لا يختص بعدول يخبرون به ، ولا إلى مسلمين . ولم يذكر أن بعضهم ادعى أن فلانًا ابنه .

وقد كان يجب أن يلحق النسب بالدعوى ، إذ النسب لا يتهم عليه ، وأن الاستحقاق فيه جائز .

وفى « الموازية » : المحمول إذا ولد فى بلاد الكفر وهو من غير العرب . فقال له رجل لست بأبيك ، إنه لا يحل حتى يكون ولادة أبيه إياه فى هذا الإسلام .

فعلى هذا ، لا تلحق الأنساب فى الأعاجم بالاستلحاق إذا كانت الولادة فى أرض شرك ، وفى هذا نظر .

وإنما لم يقبل شهادة بعضهم لبعض فى العدد القليل ، لدخول حمية البلدية فيهم فاتهموا لذلك .

وأما فى تحمل العدد الكثير فتزول التهمة ، إذ لا يكاد أن يتواطأ الجماعة على الكذب .

م : واختلف شيوخنا فى علة منع جواز شهادة العدد القليل .

فقال بعضهم : إنما ذلك إذا شهد هؤلاء لهؤلاء ، وهؤلاء لهؤلاء ، فأما إن شهد عدلان منهم لغيرهم جازت شهادتهم فى العدد القليل والكثير .

وقال غيره : لا تجوز فى العدد القليل .

وإن شهد عدلان على نسب ، وإن لم يشهد لهم الآخرون لما ذكرنا من دخول الظنة وذلك مرتفع فى العدد الكثير ، وهذا هو الصواب .

ونحوه لأبى بكر بن عبد الرحمن ، قيل له : فهل يداعى فى العدد الكثير العدالة ؟

قال : نعم .

قيل : فإن كانوا بالمئين أو الألوف .

قال : لا تراعى فى مثل هذا العدالة ، إذ لا يتواطأ مثل هؤلاء على الكذب .

وفى المسألة تنازع ، وهذا بينهما .

ابن القاسم : وإن ولدت المتحملة توأمين ، توارثا للأم والأم ، وكذلك توأم الملاعنة .

وأما توأم الزانية أو المغتصبة فإنهما يتوارثان من قبل الأم خاصة ، لأن المغتصب والزانى لو استلحقهم لم يلحقوا له .

وأما توأم المتحملة فيحمل على أنه من زوج إذا كان فى شرك .

وقد ألاط عمر من كان فى شرك وهو زنا .

م : يريد : بالقافة .

وقاله مالك فى « العتبية » : وقال المغيرة وابن دينار فى « كتاب ابن سحنون» : إن توأم الملاعنة والمسبية يتوارثان من قبل الأمه خاصة .

ووجه ذلك : أن الملاعن قد نفاه عن نفسه فهو لا يرثه ، فكذلك لا يتوارثان به، وأما توأم المسبية فحكمه حكم توأمى الزانية المتفق أنهما لا يتوارثان إلا من قبل الأم .

م : والأول أصوب .

وروى عن مالك ، فى توأمى المغتصبة أنهما يتوارثان من قبل الأب والأم .

قال أحمد بن نصر : هذا خطأ ولا يتوارثان من قبل الأب ، لأنه زنا .

وتحصيل ذلك : أنه لم يختلف فى توأمى الزانية أنهما يتوارثان من قبل الأم خاصة ، واختلف فى توأمى الملاعنة والمسبية والمغتصبة .

والصواب : أن توأمى الملاعنة والمتحملة يتوارثان من قبل الأب والأم ، وتوأمى المغتصبة [ق/ ٢٣ / ٣ب] والزانية يتوارثان من قبل الأم خاصة وهو قول ابن القاسم .

فى إلحاق النسب بالقافة وذكر ميراث المستلحق بهم

وروى أن النبى ﷺ قال لعائشة - رضى الله عنها - : « ألم تر أن مجززًا نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد . فقال : بعض هذه الأقدام لمن بعض » . فسر بذلك النبى ﷺ ، ولم يكن يسر بالباطل .

وقضى عمر بن الخطاب وغيره بالقافة .

قال مالك : وإنما القافة في ولد من وطء مالكين ، ولا لعان في وطء بملك ، وإنما اللعان بين الأزواج ، وإن كان الولد من وطء زوجين فالولد للأول ، إلا أن يحكم بعد حيضة فهو للآخر وضعته لستة أشهر فأكثر .

ومن « المدونة » : **ابن القاسم** : وإذا كانت الأمة بين حرين أو عبدين ، أو عبد وحر أو ذمي ومسلم ، فوطئها في طهر واحد فأتت بولد .

م : يريد : لستة أشهر فأكثر من وطء الآخر ، فادعياه جميعًا ، دعي له القافة فمن ألحقوه به كان نسبه مسلمًا كان أو نصرانيًا أو عبدًا ، وإن أشركوهما فيه فإذا كبر والى أيهما شاء ، فإن والى الذمي لحق به ولم يكن الولد إلا مسلمًا كاشتراكهما فيه.

وكذلك قال عمر : يوالي من شاء .

ومن « العتبية » : **قال سحنون** : وقال غير ابن القاسم : ببقاء ابن لهما ولا يوالي واحدًا منهما دون الآخر ، ولا يزول النسب بشهوة الولد ، ويكون له من كل واحد نصف بنوة .

وكذلك الجواب على قول ابن القاسم : إن قال الولد لا أوالي واحدًا منهما ، أو قال : أواليهما جميعًا .

ابن حبيب : وقال مطرف : إذا اشتركوا ما فيه قيل للقافة ألحقوه بأوضحها شبهاً ولا يترك وموالاة من أحب . وقاله ابن نافع وابن الماجشون .

مالك : والقافة الواحد يجزئ إذا كان عدلاً ، ولم يوجد غيره ، وقد أجازه عمر.

وروى عنه أشهب : أنه لا يجزئ إلا قائفان كالشهادة ، ولأن الناس قد دخلوا.

م : وإذا لم توجد القافة أصلاً بعد الاجتهاد في طلبهم ، فإن الولد يترك إلى بلوغه فيوالي من شاء منهما ، كما لو قالت القافة اشتركا فيه ، وليس هو أو أحد منهما .

قاله بعض علمائنا ، وهو أولى من قول من قال : إنه يبقى موقوفًا حتى توجد القافة .

وقيل لأبى عمران : لم خصت القافة فى الأمة دون الحرائر فى المشهور من قول مالك ؟

قال : لأن القافة إنما يحكم بها مع تساوى الفراش ، وهذا إنما يوجد فى الأمة ، لأن الأمة قد تكون لجماعة فيطؤونها فى طهر واحد ، وقد تساووا فى الوطء والملك.

وكذلك ما حكم فيه عمر بالقافة فى وطء الزنا فى الجاهلية لتساوى الوطأين فى الزنا ، وليس أحدهما أقوى من الآخر .

وكذلك الأمة إذا باعها رجل من رجل فوطئها البائع والمبتاع فى طهر واحد ، لأنهما استويا فى الملك .

والحرة لا تكون زوجًا لاثنين فى حال واحدة ، فلا يصح فيها فراشان متساويان، لأنه إن بقى بها زوجها الأول فتزوجت غيره فيتبين مصير الثانى فى البحث مما يتهمه زوجها .

وكذلك إن كانت فى عدة فتزوجت والثانى غير عالم فتركه للبحث ، ليس مما يقدم فى فراش الأول ، فلذلك كان الفراش الأول أولى .

ووجه آخر : وهو أن الحرة لا ينفى ولدها إلا بلعان ، وولد الأمة ينفى بلعان وبغير لعان .

والنفى بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد ، فلا ينتقل ولد الحرة عن اليقين بالاجتهاد .

ومن جاز نفى ولد الأمة بمجرد الدعوى جاز فيه بالقافة .

وما روى عن مالك أن القافة فى الحرائر كالإماء إنما ذكر ذلك لصحة علمهم ، فوجب استبراء الحرائر والإماء فيه ، وهذا أقيس والأول أحوط .

قال سحنون : وإذا قالت القافة : ليس لواحد منهما دعى لهما أيضًا آخرون . ثم آخرون هكذا أبدًا ، لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفى .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : وإذا قالت القافة : اشتركا فيه . عتقت عليهما مكانها ، ولا يحل لأحد وطؤها منهما بملك يمين ، فإذا بلغ الصبى والى من شاء منهما فألحق به .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فإن مات الولد قبل الموالاة عن مال ، وهب له وورثه ، فهو بين الأبوين بنصفين ، كانا حرين أو عبدين أو أحدهما عبدًا أو ذميًا والآخر مسلمًا كما تداعياه .

قال في « العتبية » : وإن مات الأبوان قبل بلوغه وقف له قدر ميراثه حتى يبلغ فيوالى من شاء ويرثه وينتسب إليه ، ويرد ما وقف لورثة الآخر .

ابن حبيب عن ابن الماجشون : فيبقى لا أب له وتعتق عليهما الأمة .

قلت : ولم ورثتهما منه ولم تورثه منهما ؟

قال : إنما قسمت ماله بينهما ، لأنه مال ادعاه رجلان فلم أجد بدًا من ذلك ، وهذا لا يكون فى مدتها .

وقال أصبغ : يورث من كل واحد منهما النصف ميراث ولد .

ابن حبيب : وهذا توريث بالشك .

ويقول ابن الماجشون : قال ابن القاسم فى «العتبية» : ولو كان إنما مات أحدهما ، فإنه يوقف للصبى ميراثه حتى يبلغ ، فإن والى الميت ورثه ، وإن والى الحى رد ما أوقف له .

وإن مات الصبى بعد موت أحدهما وميراثه من الأول موقوف .

قال : فميراث الصبى للأب الباقى ، وليس للأب الميت ولا لورثته شيء . ويرد ما وقف للصبى من ميراث الأول إلى ورثته .

ولو أدخلت الأب الباقى فيما يورث عن الأول ، لأدخلت ورثة الأول فى ميراث الصبى ، وهذا لا يكون ، بل ميراث الصبى للأب الباقى كله . وقاله محمد بن عبد الحكم .

وقال سحنون : يرث الباقى نصف ما ترك الصبى ، ونصف ما ورث الصبى من الأول ، فالذى يصح للصبى من الأول نصف ما أوقف ، وإن كان للأول عصبة ورثوه مع الباقى من الأبوين ما ترك الصبى .

قال سحنون : إذا أوقف له ميراثه من الأول ثم مات الثانى فوقف له ميراثه منه أيضًا ، ثم مات الصبى قبل الموالاة ، فإن نصف ميراثه من كل أب موروثًا عنه لورثته من قبل أبويه جميعًا ، لكل فريق نصف يقتسمونه على الفرائض .

وفى « **العتبية** » : ابن القاسم : إذا مات الصبى بعدهما رد ما أوقف له من ميراثهما إن ورثتهما دونه ، ولا يرث هو منهما شيئًا ، وميراث الصبى يكون لمن يرث الصبى من الأبوين جميعًا ، لأقعد الناس به منهما نصف لكل فريق منهما على قدر قعودهم بالصبى .

قيل لعيسى بن دينار : فمن ينفق على هذا الصبى إلى أن يبلغ حد الموالاة ؟

قال : الشريكان ، فإن بلغ فوالى أحدهما ، فلا يرجع عليه الذى لم يواله بشيء مما أنفق .

قال أصبغ : أما المشترى فالنفقة عليه حتى يبلغ ، فإن والاه فذلك ، وإن والاه البائع رجع عليه بالنفقة .

قال محمد بن عبد الحكم : ينفق عليه الشريكان ، وإذا مات أحدهما أنفق على الصبى مما أوقف له من [ق/ ٢٤ / ٣ ب] ميراثه منه نصف نفقته ، ونصفها على الحى منهما .

وقال أصبغ : لا ينفذ عليه منه لأنه إنما يأخذه بعد الموالاة ، وقاله أبو زيد .

قال ابن القاسم : وإذا كانا قبله فأوقف له ميراثه منها ، فوالاهما جميعًا ، فليأخذ النصف من كل واحد ، ويأخذ نصيب كل واحد النصف الآخر ، وهو كترتيبهم فى حجب الكلالة .

وقال ابن الماجشون فى « الواضحة » : إذا مات قبل الموالاة عن مال ، فهو بين الأخوين نصفين .

وإن ماتا قبله بقى للأب له ، ولم يرثها . قيل : ولم ورثتهما منه ، ولم تورثه منهما .

قال : إنما قسمت تركته بينهما ، لأنه كمال تداعياه رجلان فلم أجد بدًا من ذلك، وهذا لا يكون فى موتهما .

قال سحنون : ولو مات الصبى وترك ولدًا قبل أن يوالى أحد الأبوين ، وهما حيان بعد ، فلولده أن يوالى من شاء من الجدين .

ولو ترك ولدين فليواليا جميعًا واحدًا من الجدين ، ولا يوالى هذا واحدًا من

الجدين ، ولا يوالى هذا واحدًا ، وهذا واحدًا ، كأن لم يكن ذلك لأبيهما ، أو يواليهما جميعًا .

ومن قول ابن القاسم : أن له أن يواليهما جميعًا ، وكذلك لو وضعت من بطنها توأمين فليواليا من أحب ، ولكل واحد من الأبوين أن يوالى من شاء من الأبوين.

قال سحنون : وإذا وضعت ولدين فى بطن ، وقالت القافة : هذا ابن هذا ، وهذا ابن هذا .

فإن كان الأول مليًا قومت عليه ، وهى له أم ولد ، يغرم له نصف قيمتها يوم حملت ، ويرجع على الثانى بقيمة ولده أم ولد ، وإن كان الأول عديمًا رجع عليه الثانى بنصف قيمة ولده ، ولا يرجع هو على الثانى بشيء .

قال : وقد قيل : يرجع عليه .

قال : وتعتق عليهما الأمة .

فصل

ومن « العتبية » :سحنون: فى أمة بين حر وعبد ، وطئاها فى طهر ، فحملت، فإنه يدعى للولد القافة ، فإن ألحق بالعبد ، والحر مخير إن شاء ضمن العبد قيمة نصيبه يوم وطئها ، وإن شاء تماسك به لأنها لا تخرج من رق إلى عتق ، كما كانت بين حرين ، فوطئها أحدهما ، فلم يحمل أن لشريكه أن يتماسك بنصيبه .

قيل : فهل يكون له نصف ولد العبد رقيقًا ؟ قال : نعم .

قال : وإن أحب الشريك أن يقودها عليه وهو معسر ، ويبيع جميعها فى نصف قيمتها يوم وطئها ، ليس يوم أولدها ، إنما يغرم قيمتها يوم الوطء فى الوجهين ، كان له مال أو لم يكن .

قال : ولا يباع الولد معها إن لم يفت ما بيعت له اليوم بنصف قيمتها يوم وطئها، لأن الولد ليس بمال للعبد ، ويتبع ببقية القيمة فى ذمته ، وليست بجناية فتكون فى رتبته ، لأنه كان مأذونًا له فى ذلك .

قال يحيى بن عمر : قال ابن عبد الحكم : ويقع فى قلبى أنه جناية .

وفى كتاب ابن سحنون : إنها جناية .

قال فى « العتبية » : وإن ألحقتـه القافة بهما عتق الصـبى على الحر ، لأنه عتق عليه نصف أبيـه ، ويقوم عليه نصف العبـد منه ، ويغرم ذلك لسيد العـبد ، ويقوم عليه أيضًا نصيب العبد من الأمة فيصير له نصفها رقيقًا ، ونصفها بحساب أم الولد، فإن أولدها بعد ملكه جميعًا صارت كلها أم ولد له .

قال : فإذا بلغ الصـبى والى أيهما شاء فيكون له ابنًا ، فـإن والى العبد لم يكن إلا حرًا . فإن عتق العبد يومًا ما ورثها .

وقال أصبغ : إذا قالت القافة اشـتركا فيه عتق ، فنصيب الحـر من الأمة عتيق ، ونصف العبد مقـام أو ولد يوقف بيده لما يطأها ، ولا يبيعهـا إلا بإذن سيده ، وتباع لغرمائه من دينه ، وإن كبـر الصبى ، ووالى الحر لحق به ، وغرم نصف قيمـته لسيد العبد .

قال : وإن والى العبـد لحق به ، وبقى نصفه رقيقًـا لسيد العبد ونصـفه حر ولا يقوم على الحر لأنه ليس بعتق ابتداء ، وإنما حكم لزمه كما لو ورث نصفه.

قال فى كتـاب ابن سحنون : وإن كان أحدهمـا مسلمًا ، والآخر كافـرًا فألحقت القافة الولد بالمسلم لحق به ، وكانت الأمة أم ولد ، وغرم نصف قيمتها للكافر، وإن ألحقت بالكافر لحق به ، وكان ولده على دينه ، يوارثه ، وينسب إليه ، وكانت الأمة أم ولد له ، وغرم نصف قيمتها للمسلم .

فإن كانت كافرة أقرت عنده أم ولد ، وإن كانت مسلمة عتقت عليه .

وإن قالت القافة اشتركا فيه ، فالأمـة أم ولد معتقة منهما ، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالى أيهما شاء ، فإن والى المسلم فهو ولده ، أو الكافر فهو ولده ، ولا يترك على دينه ، بل يكون مسلمًا ، وإن مات الكافر قـبل بلوغ الصبى وقف له قدر ميراثه منه ، فإن والاه أخذه ، وإن والى الآخر انتسب إليه ، ورد ما أوقف لورثة الكافر .

وإن ماتا جميـعًا قبل بلوغ الصبى وقف له قدر ميراثه منهمـا بأيهما ، وإلا أخذ ميراثه ، ويجبر على الإسلام بكل حال وهو استحسان لا قياس .

وإن مات الصبى بعد موتهما ، وقبل البلوغ رد ما وقف من مالهما لورثتهما .

ثم إن ترك مالاً ، أو وهب له ، أو ورثه كان نصفه لـعصبة أبيه المسلم من ذوى الفـرض ، والنصف الآخر لعـصبـة أبيه الكـافر المسلمين ، وإن لم يكن لأبيـه ورثة

مسلمون ، فذلك لبيت المال .

قال : ولأنهم ثلاثة : مسلم ،وعبد ، ونصرانى ، فحملت والأمة مسلمة ، فقالت القافة : اشتركوا فيه ، فإنها تعتق على المسلم والنصرانى ، ويقوَّم عليهما نصيب العبد .

ولو كانت الأمة نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم ، وقوم عليه نصيب العبد والنصرانى .

فإن قالت القافة :ليس لواحد منهم ، رفع إلى غيرهم أبدًا ، فإن قالوا مثلهم رفع أبدًا إلى آخرين ، فإن تمادى الانتقال واتفقت القافة ، فإن كان الآباء مقرين بالوطء فى طهر فليوالى أيهم شاء ، وتكون أمة تبعًا له إذا وضعته لستة أشهر فأكثر من وطء آخرهم ، وسواء ادعوه أو لم يدعوه ، أو ادعاه أحدهم وأنكر الآخر ، فلينظر إلى منكره ويكشف عن وطئه ، فإن كان فيما يصف من وطئه ما يمكن فيه الإنزال ، كانوا مشتركين فيه .

وإن لم يمكن ذلك وكان يدعى الخلسة بالعزل من الوطء الذى أقر به ، فإنى أستحسن أن أجعله للآخر ، والقياس أن يكونا سواء ؛ إذ لعله غلب والوكاء ينفلت، وربما كان الاستحسان أولى من القياس .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم :وإذا كانت أمة بين رجلين ، فوطئها أحدهما فى طهر والآخر بعده فى طهر ، فأتت بولد فهو للآخر إن وضعته لستة أشهر فأكثر من مسيسه ، وعليه لشريكه إن كان مليًا نصف قيمتها فقط يوم الوطء ، ولا صداق عليه ولا قيمة ولد فى ملائه ، وإن كان عديمًا لزمه نصف قيمة الأمة يوم حملت مع نصف قيمة الولد ، ويبيع عليه نصفها فى نصف قيمتها ، فإن كان ثمنه كفافًا لذلك اتبعه بنصف قيمة الولد ، وإن كان أنقص اتبعه بما نقص .

م : يريد : فإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا ما يفى بنصف قيمتها ، ويكون باقيها بحسب أم الولد ، واتبع بنصف قيمة الولد ، والولد حر لاحق النسب لا يباع منه شيء .

ابن المواز : فإن وطئها مرة ،فيوم الحمل هو يوم الوطء،وإن كان وطئها مرارًا فإن شاء شريكه القيمة يوم الوطء أو يوم الحمل،فذلك له.وهذا تفسير لما فى « المدونة » .

ومن « المدونة » : مالك : ومن وطيء أمة ثم باعها فوطئها المبتاع في ذلك الطهر ، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم البيع فهو للبائع ، وهى أم ولد له . وإن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم البيع ، فادعياه دعى له القافة ، فيكون ابنًا لمن ألحقته به ، والأمة أم ولد له ، فإن أشركوها فيه فإنه إذا كبر والى أيهما شاء .

وكذلك فعل عمر بن الخطاب ونكلهم جميعًا ، وقضى عند ذلك أن من ابتاع جارية قد بلغت المحيض ، فليتربص بها حتى تحيض .

وقال النبى ﷺ : « **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يغش رجلان امرأة فى طهر** » .

قال يحيى بن سعيد : ولو أسقطت عتقت عليهما وقضى بالثمن عليهما ، وجلدا خمسين خمسين .

وكذلك لو ماتت قبل أن تضع فمصيبتها منهما .

قال : وبهذا كان سلفنا يقضون ، وبه مضى أمر الولاة .

وقال ابن القاسم فى « العتبية » ، « الواضحة » : وقال مطرف وابن الماجشون : إذا ظهر بها حمل ، ثم ماتت قبل أن تضعه فمصيبتها من البائع ، طال الحمل أو لم يطل ، ويأخذ المبتاع مثله ويعاقب إن لم يعذر بجهالة .

قال فى « الواضحة » : ولو أقر المشترى بوطئها ، وأنكر البائع ، وقفها السلطان، فماتت قبل أن يتبين حملها أو بعد أن تبين ، ولم يمض للحمل ستة أشهر، فالمصيبة من البائع ، أقر بوطئها أو أنكر ، إذا مضى لحملها ستة أشهر ، فقد لحقت بالمشترى ولدت أم لم تلد ، ماتت أو عاشت ، مات ولدها أو عاش ، ولا تنظر إليه القافة إذا لم يقر البائع بالوطء فى ذلك الطهر .

وأما إذا وطئها فى طهر ، ثم ماتت قبل أن يتبين الحمل أو بعد أن تبين ، فهى من البائع .

بخلاف الأمة بين الشريكين يطئانها فى طَهر ، ثم تموت بعد بيان الحمل أو قبل، فهذه مصيبتها منهما جميعًا .

قالوا فى الكتابين : فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من وطء المتبايعين فى طهر واحد ، فهى من البائع . كان سقطًا تامًا أو ميتًا ، فهو ولد له ، وهى أم ولد له .

واختلف إذا وضعته لستة أشهر إلا يومًا أو يومين ، هل يكون للمشترى أو للبائع، فهل ذلك افتراق أم لا ؟ وهو ولد له وهى أم ولد له ، وإن وضعته لستة أشهر من وطء المبتاع .

قال فى « العتبية » : أو مقدار نقصانها بالأهلة فصاعدًا ، تقارب الوصيان فى ذلك أو لم يتقاربا ، أو وطئ هذا اليوم وهذا غدًا ، والولد سقطًا أو تامًا ، فهى من المبتاع والولد له ، ولا قافة فى الأموات .

ولو كان حيًا دعى له القافة ، فمن ألحق به فهو ولده ، وأمه أم ولد له .

وقال سحنون : إن مات بعد أن وضعته حيًا دعى له القافة .

م : **أبو إسحاق** : والأشبه أن يكون ضمانها من البائع ، ولو وضعته لستة أشهر لأنها لا تنتقل عن ضمان البائع إلا بيقين فليس وضعها لتمام ستة أشهر بالذى يحقق أن الحمل من المشترى ، والأشبه أن اليوم واليومين فى الستة الأشهر ليس بافتراق .

ألا ترى : أن لو تزوج رجل امرأة فجاءت بولد بعد دخوله بها لستة أشهر إلا يومًا أو يومين ، أكانت تحد بالأشهر ، قد تنقص هذا العدد فأكثر منه ، وقد جعل أقل الحمل ستة أشهر لقول الله تعالى : ﴿ **وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا** ﴾[(١)] .

فأزيل من ذلك حولان للرضاعة ، وبقيت ستة أشهر ، فإذا كان الحمل ستة أشهر وجب أن يدخل فى ذلك نقص الشهور كاليومين والثلاثة كما أن للرضاع إذا كان حولين كاملين ، ما قارب الحولين فى حكم الحولين فى التحريم .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : فى الأمة فى وطء الشريكين أو المتبايعين يظهر بها حمل ، ثم تموت قبل الوضع ، فضمانها منهما ماتت قبل تمام ستة أشهر من يوم وطء الثانى أو بعد ، إلا أن يضمن المشترى فى البيع الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ، أو نصف الثمن .

ولو أسقطت قبل تمام ستة أشهر أو بعد ، عتقت عليها ، ويضمن المشترى الأكثر مما ذكرنا ، ولو وضعته حيًا بعد ستة أشهر من وطء الثانى ، ثم مات قبل أن تدعى له القافة ، دعى له القافة ميتًا ، إذ لا يغير الموت شخصه ، فإن مات عتقت الأمة عليهما ، وضمن المشترى الأكثر مما ذكرنا . ولو لم يمت الولد ، ومات أحد الأبوين

(١) سورة الأحقاف (١٥) .

قبل أن تنظر القافة ، فلينظروا ومع الثانى ، فإن ألحقوه به لحق به ، فإن كان مشتريا فعليه الأكثر كما ذكرنا .

ابن حبيب عن ابن الماجشون : وإن لم يلحقوه بـه ولا بالميت إذ لو كان الميت حيًا ، فلعل القافة تنفيه عنه ، ويقول : ليس بابن لواحد منهما .

قال : وتوقف الأمة بحال أم ولد ، فإذا مات الثانى عتقت .

وخالفه ابن حبيب وقال : بل يلحق بالميت إذا برئ منه الحى ، لأن الميت أقر بالوطء ، فلولا وطء الثانى لحق به من غير قافة .

قال ابن حبيب : وتعتق الأمة بموت الأول على أنها أم ولد له . وقاله أصبغ .

وقال سحنون : وإن قالت القافة بعد موت أحدهما : للحى فيه شرك ، فإن له من الحى نصف الأبوة ، ويرث نصف ميراثه إن مات قبل أن يبلغ الولد فيواليه ، فإن بلغ وهذا الأب حى ووالاه الأب كان أبوه وكان لـه ميراث هذا الأب كله ، ولا يرث من الميت الأول شيئًا ، لأن القافة لا يلحق بأب ميت .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان المشترى وطئها بعد أن استبرأها بحيضة لحق الولد بالمبتاع ، إذا ولدته لستة أشهر فصاعدًا من يوم وطئه ، وإن كان ولدته لأقل من ذلك لم يلحق بالمبتاع وإن ادعاه ، لأنه قد بان كذبه ولا يحد ، ويلحق بالبائع ، إلا أن يدعى استبراء .

وقد تقدم هذا ، وإنما القافة فى الأمة توطأ بالملك كما ذكرنا .

مالك : ولا قافة فى الحرائر .

قال سحنون : ورواه عنه على بن زياد : أن القافة فى الحرائر مثل الإماء .

ومن « المدونة » : وإذا تزوجت المطلقة قبل حيضة ، فأتت بولد لحق بالأول ، لأن الولد للفراش ، والثانى لا فراش له إلا فراش فاسد .

فإن تزوجت بعد حيضة ودخل بها لحق الولد بالآخر ، إن وضعته لستة أشهر فأكثر .

قال مالك : وإنما ألاط عمر فى الحرائر بالقافة أولاد الجاهلية بآبائهم من الزنا.

م : يريد : حين أسلموا ، واحتج به مالك فى المرأة تأتى حاملاً من العدو فتسلم ، أو تلد توأمين أنهما يتوارثان بالأب والأم .

قيل لابن القاسم : فلو أسلم قوم من الحربيين أتليط بهم أبناءهم من الزنا بالقافة؟

قال : لم أسمع من مالك فيه شيئًا ؛ ولكن وجه ما جاء عن عمر : أن لو أسلم أهل دار من أهل الحرب ، كان ينبغى أن يصنع [ق/ ٢٥ / ٣ب] ذلك بهم ، لفعل عمر . وهو رأى ابن حبيب .

وقال ابن الماجشون : لا يؤخذ بقولهم فيما كان من ولادة الجاهلية والنصرانية ، وقاله أشهب .

فى الأمة والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل بين الشريكين يطأها أحدهما أو كلاهما فتحمل أم لا

قال مالك : وإذا وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل ، فشريكه مخير فى التمسك بنصيبه ، وإتباع الواطئ بنصف قيمتها .

ابن القاسم : يوم وطئها ، وإنما قومت عليه يوم الوطء ، حملت أو لم تحمل .

قال مالك : ولا حد على الواطئ ولا عقد عليه .

وكذلك إن تماسك بها فلا صداق لها ولا ما نقصها ، لأن القيمة وجبت له ، فتركها وتمسك بحصته ناقصة .

م : أبو إسحاق وقيل : ما نقص .

مالك : وإن حملت قومت على الواطئ يوم الحمل إن كان مليًا .

م : يريد : لأنه فاتها بالحمل لما أدخل فيها من العتق .

ابن المواز : فإن شاء قومها عليه يوم الوطء أو يوم الحمل ، إلا أن يكون وطئها مرة واحدة فيوم الوطء هو يوم الحمل .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : ولا تماسك لشريكه إذا كان الواطئ مليًا ، ولا يلحق الولد بأبيه ، وهى له أم ولد .

ابن القاسم : وإن كان الواطئ عديمًا فقد بلغنى أن مالكًا قال قديمًا : تكون أم

ولد ، ويتبع بنصف قيمتها ، ولا قيمة عليه فى الولد .

وآخر قوليه ، وبه آخذ : أن يقوم عليه نصفها يوم الحمل ، ويباع عليه نصفها بعد الوضع فيما يلزمه من نصف قيمتها ، فتكون رقيقًا لمن اشتراها ، وما نقص من ذلك أتبعه به مع نصف قيمة الولد .

محمد بن المواز : يوم وضعته .

قال سحنون : لا شيء له من قيمة الولد إذا اختار قيمتها ، لأن الولد إنما جاء بعد أن ضمنه القيمة .

ابن القاسم : ولا يباع من الولد شيء وهو حر ثابت النسب ، وإن شاء بنصيبه وأتبعه بنصف قيمة الولد .

ابن المواز : لأن نصيب الأب منه حر مكانه فيستتم على أبيه ما بقى منه بقيمته يوم وضعته ويتبع به .

قال : واختلف قوله ، هل يتبعه بنصف ما نقصتها من الولادة ؟

فقال مرة : لا يتبعه بشيء ، لأن القيمة وجبت له ، فتركها وتمسك بنصيبه .

وقال أيضًا : أرى أن يتبعه بنصف ما نقص من ثمنها إن هو باع مصابته بأقل مما كانت تسوى ، بسبب ما نقصها .

ابن المواز : وهذا عندنا أصوب ، وليس بسبب ما منعه بيع حملتها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ويعتق عليه نصف الأمة الذى بقى فى يديه، إذ لا منفعه له فيه .

وقد قال مالك فيمن أولد أمته ، فإذا هى أخته من الرضاعة : أن الولد يلحق به، ويدرأ عنه الحد ، وتعتق عليه ولا خدمة له فيها .

ابن المواز : وروى أيضًا أصبغ عن ابن القاسم : أن نصيب الواطئ لا يعتق عليه ، ويوقف لعله يملك باقيها ، فيحل له وطؤها .

ابن المواز : وهذا أصوب .

ومن « المدونة » : وقال غيره : إذا وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فحملت فولدت فلا حد على الواطئ ، ويعاقب إن لم يعذر بجهل ، وتقوم عليه إن كان

مليًا، فإن كان عديمًا خير شريكه بين التماسك بنصيبه فيها ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد دينًا ، أو يضمنه ويتبعه فى ذمته . وليس هو كعديم أعتق حصته من عبد ، فأراد شريكه أن يضمنه ، فليس له ذلك ، لأنه إنما أعتق نصيبه فقط فى الواطئ وطئ حصته وحصة شريكه .

فإن تماسك بنصيبه بقى نصيب الواطئ بحال أم ولد ولا يعتق عليه ، إذ لعله يملك باقيها ، فيحل له وطؤها ، إلا أن يعتق المتمسك والرق بنصيبه فيعتق على الواطئ بنصيبه ، إذ لا يطأها بملك أبدًا .

وإذا تماسك الشريك بنصيبه وترك التضمين للواطئ بعدمه ، ثم أراد التقويم عليه بعد يسره ، أو شاء ذلك الواطئ وأباه المتمسك لم يلزم الآبى منهما .

ولو أبي بذلك لم تكن للواطئ كلها تحمل أم ولد للرق الذى يرد فيها ، إلا أن يولدها ثانية .

سحنون : والاختلاف بين أصحابنا فى هذه المسألة كثير ، وهذا أحسن ما سمعت من ذلك .

ابن المواز : ولو كان الواطئ أبا أحد الشريكين فهو كالشريك نفسه فى جميع ما وصفت لك ، غير أن ابنه يتبعه بقيمة مصابته مع ما يتبعه الشريك من نصف قيمة الولد ، ونصف ما نقصها من الولادة ، إذا كان معدمًا .

ابن المواز : وإذا أعتق أحد الشريكين فى الأمة حصته وهو موسر فلم يقع عليه حتى أحبلها الثانى .

قال : تكون حرة كلها ساعة حملت ، والولد لاحق بأبيه بلا قيمة عليه فيه .

وهذا أعجب إلينا من قول من قال : إنها تقوم على المعتق الأول ، ويغرم له هذا نصف ما نقصها ، ونصف قيمة الولد . وهذا وهم .

ابن المواز : ويكون ولاء الولد لأبيه ، وقد وهم بعض أئمتنا فقال : يكون نصف ولاء نصف الولد المعتق نصف الأم ، كما له نصف ولاء الأم . فاحتججت على من روى ذلك عنه .

فقلت له : أرأيت لو كانت كلها لمعتق نصفها فأعتق جميعها ، ثم حملت من غيره بنكاح أيكون لمعتقها من ولدها شيء ؟

قال : لا .

قلت له : فهذا يبين لك الوهم ، فرجع عن ذلك ، وبان له الغلط .

ابن المواز : وقال ابن القاسم فى الأمة بين الشريكين يطأها أحدهما فتحمل ثم تضع فى عدمه ، فلزمه نصف قيمة الولد يوم وضعته ونصف ما نقصها بحساب أم ولد ، فوطئها الثانى فأحبلها : تعتق مكانها حين حملت ، ولا يتبع الثانى فى الولد بشيء وإن كان مليًا ، والحكم على الأول كما هو .

ابن المواز : وقيل : إن لم ينظر فى أمر الثانى حتى وضعت فإنه يكون على الثانى غرم نصف قيمة ولده أيضًا موسرًا كان أو معسرًا .

ابن المواز : وهذا غلط ، ويقول ابن القاسم: أقول : إنه ليس على الثانى من نصف قيمة ولده شيء ، وإن لم يكن نظر فى أمرها إلا بعد الوضع ، لأن الأمة حرة باستقرار النطفة فى بطنها .

وقال عبد الملك : إذا حكم على الأول ثم أحبلها الثانى كان عليه قيمة الولد ، على أنه ولد أم ولد على الرجاء والخوف .

م : أراه يريد : نصف قيمة الولد على أنه ولد أم ولد كان نصفها للأول بحساب أم ولد ، ونصفها للثانى رقيق ، فإذا أحبلها الثانى فإنما يغرم له فى الولد قدر حصته من الأم على هذا الفعل .

ابن المواز : ولم يعجبنا هذا ، لأنها بثبوت النطفة فى رحمها حرة ، فلم يجب فى الولد يوم الوضع للأول شيء .

ابن المواز : وإذا لم ينظر فى أمر الأول الذى أولدها حتى أولدها الثانى عتقت عليهما ، ولا شيء على الأول ولا على الثانى من قيمة ولد ولا غيره .

ولا يكشف الأول عن عسر ولا يسر ، لأن الأول يقول : قوموا على مصاحبة صاحبى يوم وطئت حتى لا يلزمنى للولد قيمة ، فلا يقدر على ذلك لفوتها بحمل الثانى فتكون [ق/ ٢٦ / ٣ ب] حرة منهما ، ولا قيمة ولد على أحد منهما . وغير هذا لا يعجبنى .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : وهو فى « كتاب ابن سحنون » : إذا ولدت من الأول ثم وطئها الثانى فأولدها فإن كان الأول مليًا غرم نصف قيمتها فقط ، وكانت

له أم ولد ونكلا والثانى أشدهما نكالاً ، ودرئ عنه الحد للشبهة ولحق به الولد .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : وعليه للأول نصف قيمة الولد ، على أنه ولد أم ولد . ويقاص بذلك الأول فيما لزمه من نصف قيمة الأمة .

والصواب : أن تكون على الثانى قيمة الولد كاملة على أنه ولد أم ولد ، لأن الأول قد لزمته نصف قيمة الولد يوم أحبلها ، فإنما وطئ هذا الثانى أم ولد الأول ، فدرأنا عنه الحد للشبهة وألزمناه قيمة ولده ولد أم ولد فانظر الأصل .

وفى « العتبية » : ابن القاسم : فإن لم يكن للأول مال ، لم تقوم على واحد منهما ، وتعتق عليهما ، ويلحق بهما أولادهما وينكلا .

سحنون فى « كتاب ابنه » : ويكون للثانى على الأول نصف قيمة الولد على أنه رقيق ، ولا شيء على الثانى من قيمة ولده .

وقال أيضًا : للأول على الثانى نصف قيمة ولده على أنه ولد أم ولد .

سحنون فى « العتبية وكتاب ابنه » : ولو كانت الأمة بين ثلاثة نفر فوطئها أحدهم فولدت منه ، ثم وطئها الثانى وهو لا يعلم فولدت منه ، ثم وطئها الثالث وهو لا يعلم فولدت منه .

قال : فيضمنها الأول وهى له أم ولد ، وعليه لشريكه ثلثا قيمتها يوم وطئها ، وعلى كل واحد من الشريكين قيمة ولده ولد أم ولد ، فيتقاص هو وهما لكل واحد على الآخر ويترادان الفضل .وإن كان الأول عديمًا ، عتق نصيبه عليه ثلثى قيمة ولده رقًا لشريكه ، وعلى الثانى فى ولده ثلث ولده رقًا للثالث ، ولا شيء عليه للأول ، لأن نصيبه من الأمة يوم وطئ الثانى حده ، نصيب الثانى والثالث عليهما ، ولا شيء على الثالث فى قيمة ولده للأولين .

م : يريد : على أحد قوليه ، وهو قول ابن المواز ، وهو الصواب ، لأن باستقرار نطفة الثانى فى رحمها عتق نصيب الأول ، ولا قيمة له فى ولدها من الثاني.

وعلى قوله الثانى : وهو كقول عبد الملك ، للأول على الثانى ثلث قيمة ولده ، على أنه ولد أم ولد ، وعليه للثالث ثلث قيمة ولده ، على أنه رقيق ، وعلى الثالث للأول والثانى ثلث قيمة ولده لكل واحد على أنه ولد أم ولد .

قال سحنون : ولو لم يطأها الثالث فإن كان الأول مليًا غرم لشركيه ثلثى قيمتها يوم الوطء ، وأخذ من الثانى قيمة ولده ولد أم ولد .

وفيها قول آخر وهو أعدل ، قال فى « كتاب ابنه » : وإن كان الأول عديمًا عتق نصيبه ، ونصيب الثانى ، وعلى الأول ثلثا قيمة ولده عبدًا لشريكيه ، وعلى الثالث قيمة الثانى ثلث قيمة ولده للثالث الذى لم يطأ ، ويبقى ثلثها للثالث رقيقًا ، وإن شاء ضمن الأول ثلث قيمة الأمة واتبعه بذلك ، فإن ضمنه عتق ثلثا الأمة على الأول، وعتق نصيب الثانى عليه بالمولد ، وغرم الثانى للأول ثلث قيمة ولده ولد أم ولد ، من سبب هذا الثالث الذى قوم عليه .

م : أراه يريد : وعلى الأول للثانى ثلث قيمة ولده رقيقًا ، فيتقاصان ويترادان الفضل ، وليس للثالث أن يقوم على الثانى فى عدم الأول إذ لم يتبين فسادًا .

وفيها غير هذا وتركته خيفة التطويل .

فصل

ومن « كتاب المدبر » : قال مالك : وإذا كانت مدبرة بين رجلين وطئها أحدهما فحملت فإنها تقوم عليه وتصير أم ولد إذ ذلك آكد لها .

سحنون : وقاله جميع الرواة .

قال غيره : فإن كان الواطئ معسرًا خير شريكه بين إتباعه بنصف قيمتها وتصير له أم ولد ، أو يتماسك بحصته ويتبعه بنصف قيمة الولد يوم استهلاله ، ثم تقوم عليه إن أيسر . فإن مات الواطئ عتق عليه نصيبه من رأس ماله ، لأنه بحساب أم ولد ، وبقى نصف نصيب المتمسك مدبرًا .

وإن مات الذى يطأ وقد كان تمسك بنصيبه وعليه دين يرد التدبير ، بيعت حصته للدين ، فإن ابتاعها الواطئ ليسر حدث ، حل له وطؤها . فإن مات فنصفها عتيق من رأس المال ، والنصف الذى اشترى رقيقًا لورثته .

ومن « كتاب ابن سحنون » : ولو أن مدبرة بين ثلاثة وطؤوها واحدا بعد واحد، فأولدها واحد منهم ولدًا ، فإن كان الأول مليًا فعليه لشريكه ثلثا قيمتها أمة ، وتكون أم ولد له . ويرجع على كل واحد من الشريكين بقيمة ولده ولد أم ولد ، ويترادان الفضل .

وإن كان عديمًا عتق عليه نصيبه وغرم لشريكيه ثلثا قيمة ولده ، وله مدبرة على الرجاء أن يعتق أو يرق ، ويعتق على الثانى نصيبه وعليه للثالث ثلث قيمة ولده . ويعتق نصيب الثالث ولا شيء عليه فى ولده لهما ، وفيها قول آخر تركته .

ولو كان الثالث لم يطأ ، قومت على الأول فى ملائه ، تكون له أم ولد ، ويغرم ثلثى قيمتها لشريكيه ، وعلى الثانى للأول قيمة ولده ولد أم ولد ، وإن كان عديمًا عتق نصيبه . والثالث إن شاء أن يقوم عليه ويتبعه ، فإن فعل عتق ثلثاها على الأول ، وكان للأول على الثانى ثلثه قيمة ولده . والمدبرة من سبب هذا الثلث الذى قوم عليه للثالث . ويرجع الثانى بثلث قيمة ولده ولد مدبرة ، ويعتق أيضًا نصيب الثانى منها ، فإن تمسك الثالث بنصيبه فليس تقويم على الثانى وله على الأول نصف قيمة ولده ، وعلى الثانى كذلك ويكون للثانى على الأول ثلث قيمة ولده ، وليس للأول على الثانى من قيمة ولده شيء ، لأن نصيبه فيها عتيق قبل أن يطأ الثاني.

ابن المواز : واختلف قوله فى ولد الأمة ، فى رجوع الثانى على الأول بثلث قيمة الولد والمدبرة كالأمة .

قال سحنون : وهذا على قول كثير من أصحابنا .

فصل

وقال فى معتقة إلى أجل بين ثلاثة وطؤوها متعاودين ففى كل واحد يولدها ، ولا يعلم كل واحد بصنيع من قبله ، فإنها تعتق عليهم فى ملائهم وعدمه . وعلى الأول لشريكيه قيمة ولده على أنه معتق إلى أجل ، وعلى الثانى للثالث قيمة ولده كذلك .

ولا شيء على الثالث ، ولا شيء للأول .

ولو لم يولدها غير واحد لم يقوم عليه ، وعليه لصاحبه ثلثا قيمة ولده ، ولد معتقة إلى أجل .

ألا ترى : لو عمل أحد ثم عتقها لقوم عليه ، إلا فى قول عبد الرحمن [ق/ ٢٧ / ٣ب] تعجل عليه قيمة الخدمة لشريكه ، ويعجل عتقها عليه إذا زالت له منها الخدمة بالولادة ، والوطء يعتق إلى أجل .

قال سحنون : وكذلك أذن لمدبره فى تدبير أمته ثم أولدها السيد ، فإنها تعتق ،

لأنها معتقة إلى أجل فأولدها السيد .

قال فى المعتقة إلى أجل : وإن بقى الثالث لم يطأ عتق نصيب الواطئين ، وللثالث على كل واحد ثلث قيمة ولده ، وللثانى على الأول نصف قيمة ولده ، ويبقى نصيب الثالث معتقًا بيده إلى أجل ، ولا شيء على الثانى للأول ، لأنه وطئ نصيبه وهو حر .

فصل

قال : ولو كانت مكاتبة بين ثلاثة وطؤوها كما ذكرنا ، فأتت من كل واحد بولد وهو لا يعلم ما فعل من قبله ، فعلى مذهب ابن القاسم وأشهب : إن كان الأول مليًا خيرت فى أن تعجز نفسها وتقوم على الأول ، وبين أن تتمادى .

فإن قومت عليه غرم ثلثى قيمتها أمة لشريكيه وصارت له أم ولد .

وإن تمادت على كتابتها فأدت ، عتقت وإن كان الأول عديمًا عتقت عليهم كلهم.

سحنون : وقاله ابن القاسم وأشهب ، وأنا أرى ، إن كان لها مال ظاهر ، والأول ملى فليس لها تعجيز نفسها وتتمادى مكاتبة .

ابن القاسم :وإذا وطئ مكاتبة بينه وبين شريكه ، فاختارت التمادى ، أخذت نصف قيمتها من الواطئ فوقفت ، فإن أدت ردت القيمة إليه ، وإن عجزت بقيت له أم ولد ، وأخذ الآخر القيمة .

وقال فى « الموازية » : إنما يوقف نصف قيمة الكتابة . ثم ذكر مثل هذا ، وفيها قول آخر تركته .

فى وطء المخدمة ومن زنا بأمة فأولدها، هل يطأ ابنتها منه أم لا

ابن القاسم : ومن أخدم أمته سنين .

قال سحنون : ثم وطئها السيد فحملت مليًا كانت له أم ولد ، وأخذت منه مكانها أمة تخدم فى مثل خدمتها ، فإن ماتت هى الأولى ، فلا شيء عليه .

وقيل :تؤخذ قيمتها فتؤاجر منها خادما ،فإن ماتت الأولى وانقضت السنون وقد بقى من القيمة شيء أخذه السيد ، وإن نقدت القيمة والأولى حية ولم تنقض المدة فلا شيء على السيد .

قال عبد الملك في « كتاب ابن سحنون » : ويغرم له قيمة الخدمة على الأقل من عمر الأمة ،أو من مدة الخدمة من عمر أو أجل .

أبو إسحاق : وفي هذا كله نظر ، لأن لا قيمة إذا أخذت فنقدت والأولى حية لم يجب أن يسقط عن الطالب الواطئ الطلب ، لأن المخدم يقول خدمته في عين هذه الجارية . وأما بقية القيمة فلا حق لي فيها .

ولو قيل : يكون عليه قيمة الخدمة على الرجاء والخوف ، كان أشبه .

وفي « العتبية » : قال ابن القاسم : فإن كان عديمًا أخذ ولده ، وتخدم الأمة إلى تمام الأجل .

وسئل أبو عمران عما تقدم من قول ابن القاسم هذا وقول غيره ، في إخدامه تخدم ، أو أخذ قيمة الأمة يؤاجر بها ولم يجعلوا عليه قيمة الخدمة تلك السنين ، كما أفسد على رجل عرضًا أن عليه قيمته .

فقال أبو عمران : إنما لم يحسن أن تؤاجر منه الخدمة لإمكان موت هذه الأمة قبل انصرام الأجل فتكون قد ضمنا الرجل ما لا يلزمه .

ولو قومناها على الرجاء والخوف أدى ذلك إلى تحويل ما جعل له من كفاية خدمة عشر سنين إذ لا يحصل له في القيمة ما يحمل ذلك الواجب على المتعدى إغرام المثل، لقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾(١) . وقوله : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾(٢) .

فإن كان جنس المستهلك لا يتحصل مثله ، عدل فيه إلى القيمة للضرورة ، ولا شيء في مسألتك من الإتيان بمثل الخدمة نفسها ، فأغرمها المتقدم كما قدمنا .

وإن ماتت الأولى فقد كشف الغيب أن الواطئ لا يبطل على المخدم بالأيام التى حسبت فيها المواطأة ، وقد أغرمنا له ذلك .

وذكر سحنون وابن القاسم فيها قوليه .

ثم قال : وكذلك الأمة يحبلها .

---

(١) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٢) سورة النحل الآية ١٢٦ .

قال الشيخ : وهذا القول أيضًا حسن وقريب من الأول ، إذ لا فرق بينه وبين إغرامه قيمة تخدم أو إيقاف القيمة ليستأجر منها ما يخدمه ولا غرر أيضًا على الواطيء ، لأنه قال : قد تنجز القيمة لقلة الإجارة وطول المدة ، ولو كانت أمة لرجعت إلى مثل له وقد رخص ، فينبغى من القيمة أكثر ، ولو كانت أمة لماتت قبل أن تنقضى الخدمة، فإذا اجتهد الحاكم وضع أحد الرقمين .

قال أبو عمران : والذى قلت لم يغرمه القيمة كعرض أفسده .

فقد قال سحنون فيمن أخدم رجلاً نصف عبده ، ثم أعتقه بعد قبض المخدم له.

قال : فليغرم له قيمة ما بقى له من الخدمة .

وروى عن أشهب : أنه يغرم له الأقل من نصف قيمة الخدمة أو قيمة الرقبة .

وذكر عن ابن الماجشون : وما قدمنا فى صور المسألة قال : وإذا ماتت الأولى سقط العوض فى بقية المدة ، وذلك كرجوع بقية القيمة إلى الواطئ بموت الأجل .

قال : وموت الثانية قبل موت الأولى كنفاد القيمة أو تلفها والأولى جهة .

قال : وذكر بعض المتأخرين أن الثانية تخدم بعد موت الأولى . وذلك غير معتدل .

قال : وأما إن كان الواطئ عديمًا فلا أعلم فيه رواية ، وذكر أمثلة تدل على أنها تخدم وإن كانت قد حملت .

قال : وينبغى أن يتبع الواطئ بنقص خدمتها لأجل الولد إذا نقص ذلك خدمتها.

وقد اختصرت كلامًا من كلامه لطوله ، وهذا معناه .

وذكر فيها كلامًا لأبى بكر بن عبد الرحمن نحوه ما ذكرنا وإن اختلف التعليل وفيما ذكرنا من ذلك كفاية .

سحنون : ولو وطئها المخدم ، فإن كانت الخدمة كثيرة مثل التعمير أو سنين كثيرة فإنه يدرأ عنه الحد ، ويلحق به الولد وتكون الأمة أم ولد .

يريد : ويغرم قيمتها يوم المرجع على الرجاء والخوف .

سحنون : إلا أن يكون عديمًا فتكون له بها ، ولا تكون به أم ولد ، ويلحق الولد لأبيه ، ولو ابتاعها بعد يسره لم تكن به أم ولد .

قال : ولو وطئها فى الخدمة القليلة مثل شهر ونصف شهر فلا شبه له بهذا ، ويحد ولا تكون له أم ولد ، ولا يلحق الولد به .

ابن وهب فى « الموازية » : فيمن أخدم أمته رجلاً سنة ، فوطئها المخدم فإن كان عالمًا حد ، وإن غرر بجهل عوقب وقومت عليه وإن وطئها ربها فحملت بقيت تخدم تمام السنة .

قيل : أتخدم أم ولد ؟

قال : أرأيت إن أعتقها .

واستحب محمد : أن يغرم قيمتها ،فيؤاجر منها ما يخدم بقية السنة ، فما فضل رده إليه ، وما عجز فلا شيء عليه .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أقر أنه زنا بأمة لغيره ، فأتت بولد [ق/ ٢٨ / ٣ ب] لم يلحق به ، وَحد ، وإن ابتاعها لم يلحق به الولد أيضًا ولا يعتق عليه، وإن كان الولد جارية لم يحل له وطؤها أبدًا .

وقال عبد الملك : يجوز له وطؤها .

أبو محمد : وهو قول مرغوب عنه .

وقال فى بعض شيوخنا : قول عبد الملك هو القياس لأنها ليست ابنته ، وإنما هى بنت شيطان .

ألا ترى ، أنها لا تلحق به ولا ترثه ولا تناسبه ، وقول ابن القاسم : استحسان، وكذلك قال الأبهرى .

م : الاستحسان فى هذه المسألة قول ابن القاسم وهو أولى أن يؤخذ به .

أبو إسحاق : وظاهر الحديث مخالف لما قال عبد الملك فى أم ولد زمعة ، وأما لو رضعت بذلك اللبن صبية ما حرمت عليه ، لاختلاف الناس فى لبن الفحل ، فكيف ابن الزنا فذلك أبعد ، والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء والمواريث

فى ولاء من أعتقه الرجل عن نفسه أو عن غيره أو سائبة

قال الله تعالى : ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً ﴾[1] الآية .

ولا خلاف أن مولى النعمة ممن له السلطان فى الدم ، ومولى النعمة هو المنعم بالعتق .

قال الله تعالى : ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴾ [2] .

يريد : أنعم الله عليه بالإسلام ، وأنعمت عليه يا محمد بالعتق .

وقال الرسول ﷺ : « **الولاء لمن أعتق** » .

قال سحنون : يعنى من أعتق عن نفسه ، كما بينا فى قوله : « **كل ذى مال أحق بماله** » ، معناه : ما لم يحدث فيه تجنباً على غيره .

وأجمعوا : [ ] يعتق على الموصى عبده الذى أوصى به ، وأن الولاء للميت .

وكما تعتق أم ولده بعد موته ، وليس بمعتق يومئذ .

وروى الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : أتت بريرة إلىَّ فقالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل ستة أوقية فأعينينى ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا .

فقالت عائشة : إن أحبوا أن تعطيهم ذلك جميعًا ، ويكون ولاؤك لى فعلت ، فعرضت ذلك بريرة على أهلها فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك فقالت عائشة للنبى ﷺ فقال : « **لا يمنعك ذلك منها ابتاعى فأعتقى ، فإنما الولاء لمن أعتق** » . ففعلت وقام رسول الله ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ، فقال : «**فما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله ، من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة فالله أحق وأوثق وإنما الولاء لمن أعتق**» .

---

(١) سورة الإسراء(٣٣) .

(٢) سورة الأحزاب (٣٧) .

قال سحنون : وإنما أمر النبى ﷺ بشراء بريرة ويشترط الولاء ليس رد ذلك ، إذ لا يحل الحكم فى القلوب محل القول ، وكما قال ﷺ لعائشة : « **اشترطى لهم الولاء**»[١] ، بعد أن حرم اشتراط الولاء ، وإنما هو لمن أعتق ، وأن ذلك معلوم عندهم ، فقال لعائشة : « **اشترطى لهم الولاء** »، فإن اشتراطهم إياه بعد علمهم ، وإن اشتراطه لا يجوز غير ضار لك ولا نافع لهم ، لأن النبى ﷺ أمر باشتراط الولاء بينهم ، ليتم بينها وبينهم البيع ، ويبطل الاشتراط ، ويصح البيع وهم غير عالمين بأن اشتراط ذلك لأنفسهم لا يجوز ، لأن ذلك كان يكون مكراً بهم وخديعة لهم ، ورسول الله ﷺ أبعد أن يفعل ما ينهى عنه ، أو يرضى لنفسه ما لا يرضاه لغيره .

وروى ابن عمر وجابر بن عبد الله أن النبى ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته .

واتفق فقهاء الأمصار جميعًا : أن الولاء نسب ثابت للمعتقة من معتقه ، وأن الحكم المولى المعتق حكم العصبة يفعل عن مولاه من أسفل ويرثه إذا لم يكن له عصبة ولا موالى دونه ، وأن ليس للمولى أن يبيع ولاء ولا يهبه ،ولا ينبغى منه ، لأن الولاء عندهم لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب .

وقاله على - رضى الله عنه - أن الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب. فرده حيث جعله الله تعالى .

قال ابن مسعود : أيبيع أحدكم نسبه .

ومن « المدونة » : قال مالك : فيمن أعتق عبدًا عن نفسه فله ولاؤه ، ولا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته ولا اشتراطه ، وله ولاء ما يجرى إليه بولادة أو عتق .

فصل

قال مالك : ولو أعتق عبده عن غيره من ميت أوصى بأمره ، فالولاء للمعتق عنه .

قال سحنون : ودليل ذلك أن من أعتق سائبة لله تعالى فولاؤهم للمسلمين ، وعليهم العقل ولهم الميراث ، ولو كان ولاؤه للذى أعتقه لورثه ، ولكان العقل على عاقلته .

وقد أعتق جماعة من الصحابة سوائب فلم يرثوهم ، وكان ميراثهم للمسلمين .

وأن عمر بن الخطاب قال : ميراث السائبة لبيت المال ، وكتب به عمر بن عبد

العزيز إلى عماله .

قال سحنون : ومعنى السائبة كأنه أعتق عن المسلمين .

قال فى «كتاب ابنه » : والسائبة التى نزل القرآن العزيز بالنهى عنها هى فى الأنعام ، لا عتق عبد سائبة ، لأنهم أجمعوا : أن من أعتق سائبة أن عتقه ماض ، ولو كان فيه النهى لرد كما ترد سائبة الأنعام .

قال مالك فى « الموازية » : وقد ترك الناس عتق السوائب ، فإن فعله أحد فولاؤه للمسلمين .

قال ابن القاسم : ورأى عمر بن عبد العزيز أن ولاءه لمعتقه ، خلاف ما فى «المدونة » .

قال ابن القاسم : والسنة أن ولاؤه للمسلمين ، لأنه عنهم أعتق .

ابن القاسم : والسائبة : أن يقول لعبده : اذهب فأنت سائبة .

يريد : الحرية ، فهو حر ، وإن لم يسم الحرية .

م : ولم يختلف فيما أنفذه الوصى عن الميت من عتق بأمره أن الولاء للميت . وكذلك ما يعتق عنه بغير أمره .

وقد روى مالك أن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ : إن أمى هلكت وليس لها مال، أينفعها أن أعتق عنها ؛ فقال ﷺ : « **نعم فأعتق عنها** » .

وفى حديث آخر : « **وتصدق فإنه ينالها** » .

وقد أعتقت عائشة عن أخيها عبد الرحمن بن أبى بكر رقابا كثيرة بعد موته ، فكان ولاؤهم لمن يرث الولاء عن أخيها .

وهذه حجتنا على الشافعى فى قوله : إن أعتقهم عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه ، وإن كان بغير أمره ، فهو للمعتق .

وعلى أبى حنيفة : أن الولاء للمعتق ، أعتقه عن الآخر بأمره أو بغير أمره .

وما قاله مالك أصوب لما قدمناه .

م : **وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أن** : ولاء المعتق سائبة لمن أعتقه ، على ما

روى عن عمر بن عبد العزيز ، وحجتهم قوله ﷺ : « **إنما الولاء لمن أعتق** » .

ولا فرق بين قوله: أنت حر سائبة ، ولا بين قوله : أنت حر ، ولا يقول سائبة ، لأنه إذا أعتقه بعد سبيه ولو كان لا يكون له ولاؤه ، لضارع ذلك ما سيب من الأنعام فى الجاهلية لأنهم حرموا الانتفاع بها ، فنهاهم النبى عن ذلك .

م : وقول مالك أولى لما بينا .

ومن « المدونة » : قال مالك : فى قوله تعالى : ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ ، هى الرقبة [ق/ ٢٩ / ٣ ب] تعتق من الزكاة فهؤلاء للمسلمين .

ابن المواز : ومن أعتق عبدًا بشرط على أن ولاءه لفلان فشرطه باطل ، وولاؤه لمن أعتقه .

إلا أن يقول : أنت حر عن فلان ، فيكون ولاؤه للمعتق عنه .

ولو قال : أنت حر عن فلان وولاؤك لى ، فشرطه الولاء لنفسه باطل ، وولاؤه للمعتق عنه ، ولو قال : أنت حر عن فلان ، قيل : فإن كان مدبرًا ، قاله له سيده: أنت حر عن فلان .

قال : هو حر وولاؤه لسيده ، كما لو باع مدبره ممن يعتقه لكان ولاؤه لمن دبره، وليس لمن اشتراه .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : ولا أحب ابتداء ذلك .

قال فى الكتابين : وهو بخلاف من باع مدبره ، بخلاف شرط العتق ، فأعتقه المشترى هذا وولاؤه لمن اشتراه ، ولا يرد عتقه .

وكذلك لو أعتق أم ولده عن رجل لنفذ فيها العتق وولاؤها لسيدها .

وكذلك لو باعها ممن يعتقها لنفذ فيها العتق ، وولاؤها لسيدها .

أبو محمد : وقال أصبغ فى غير الموازية : العتق ماض والولاء للبائع ، ويبقى له الثمن ، وكما لو أعطاه مالاً على عتقها .

وقال ابن الماجشون : بل يرد الثمن .

قال سحنون : العتق باطل ، وترد إلى ربها أم ولد .

ابن المواز : ولو باعها بغير شرط العتق ، فأعتقها المشترى لنقض عتقها ،

ورجعت أم ولد لسيدها ، ويرد الثمن إن كان عنده ، وإلا اتبع به دينًا ، وهى فى هذا بخلاف المدبرة . يريد : لتأكيد العتق فيها .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن جعل مالاً نقدًا ومؤجلاً على تعجيل عتق عبده ، أو تعجيل عتق مدبره ، جاز ذلك ولزمه المال ، والولاء للذى أعتق وأخذ المال .

قال : وإن كان عتق العبد إلى رجل والمال أو إلى أجل فلا خير فيه . كمن أخذ مالاً من رجل على تدبير عبده أو كتابته ، أنه لا يجوز لأنه غرر ، إذ لو هلك العبد قبل علم الأجل الذى أعتق إليه ، أو مات المدبر قبل السيد الذى دبره ، أو مات المكاتب قبل أداء الكتابة لذهب مال ذلك الرجل باطلاً ، لأن العبد لم يقض أى حرية ولا نال عتقًا .

ابن المواز: فإن نزل ذلك بعد العتق إلى أجل والتدبير والكتابة ويرد ما ألزم نفسه من المال .

ابن المواز : ولم يعجبنى قول أشهب .

قال ابن القاسم فى كتاب البيوع الفاسدة : وأما إن ابتاعه على أن يدبره المبتاع أو يعتقه إلى أجل لم يجز أيضًا ، للغرر بموت السيد أو العبد قبل تمام ذلك ، ولحدوث دين يرد التدبير ، فإن فات التدبير والعتق بذلك وغيره ، فالولاء للمبتاع ، وللبائع الأكثر من القيمة يوم القبض أو الثمن ، ولا حجة للمبتاع إن كانت القيمة أقل من الثمن ، ولا يرجع على البائع بشيء ، لأنه رضى أن يأخذه بذلك ، وإنما الحجة للبائع ،وكذلك فى الأمة على أن يتخذها أم ولد .

قال فى « كتاب الولاء » : وإن أعتقت عبدك عن عبد رجل ، فالولاء للرجل ولا يحده عبده إن عتق .

لأن مالكًا قال فى عبد أعتق عبده بإذن سيده ، ثم أعتقه سيده بعد ذلك : أنه لا يجوز ولاء عبده الذى أعتق بإذن سيده .

وقال أشهب : يرجع إليه الولاء ، لأنه يوم عقد عتقه لا إذن للسيد فيه ، ولا رد.

م : وهو أحسن .

ألا ترى أن السيد لما كان ممنوعًا من انتزاع مال المكاتب والتصرف فيه ، كان المكاتب إذا أعتق عبده بإذن سيده ، ثم أعتق المكاتب رجع إليه ولاء عبده .

وإن كان له أن يمنعه من العتق ، فكيف بهذا الذى لا يستطيع رده ، ما لم يكن للسيد رد هذا العتق أشبه ما أعتقه العبد بغير علم سيده ، فلم يعلم بعتقه حتى أعتق هو أن ولاء العبد الأسفل لهذا العبد الأعلى .

م : وقال ابن القابسى معنى قول ابن القاسم : أن السيد علم بعتق الرجل عن عبده ، فصار كعتق العبد بإذن سيده ، وأما لو لم يعلم بالعتق عن عبده حتى عتق هو عبده ، فإن الولاء للعبد المعتق عنه ، بمنزلة ما لو أعتق العبد عبده ، فلم يعلم به سيده حتى أعتق ، وذلك بين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن كان له عبد ، وللعبد زوجة حرة فالولاء لها بالسنة ولا ينفسخ النكاح ، لأنها لم تملكه . ولو دفعت مالاً إلى سيد زوجها على أن أعتقه عنها فيفسخ النكاح ، لأن ذلك شراء لرقبته ، وولاؤه لها .

وقال أشهب : لا ينفسخ النكاح ، لأنها لم تملكه .

قال عنه ابن المواز : وكما لو سألته عتقه عنها بغير شيء أعطته .

قال سحنون : وهو أحسن .

قال مالك : ومن أعتق عبدا على أبيه وأخيه المسلم فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتق عنه ، وإن أعتق عبدًا مسلمًا عن أبيه النصرانى فلا ولاء له عليه .

ولو كان العبد نصرانيًا كان ولاؤه لأبيه إن أسلم أبوه .

قال بعض القرويين : إن أسلم أبوه أنه إذا أسلم حكم له بولائه . وإن يسلم فهم نصارى لا يعرض لهم ولا يحكم بينهم ، إلا أن يرضوا بحكمنا ، فيحكم للمعتق عنه بولائه .

م : وقيل : إنما ذلك معطوف على المسألة التى قبلها إذا أعتق عبدًا مسلمًا عن أبيه النصرانى فلا ولاء له ، وإن أسلم أبوه ، لأن ولاءه للمسلمين فلا يرجع إلى أبيه، وإن أسلم أبوه .

وحكى ذلك ـ يريد ـ ابن القاسم .

وقال ابن أبى زمنين قوله : إن أسلم أبوه لفظ مستغنى عنه ، وبسقوطه تصح المسألة .

وقال ابن كنانة فى « العتبية » : ابن أمته من رجل عربى أنه ينتسب إلى أبيه وعشيرته ولا يرثه الذى أعتقه، وقاله سحنون ، وابن اللباد ، وقاله مالك .

فى ولاء من أعتق الذمى
وولاء أم ولده ومدبره ومكاتبه ،
وإسلام العبد والسيد فى ذلك

وقال الرسول ﷺ: « **لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم** ».

قال ابن القاسم : فإن أعتق النصرانى عبدًا له نصرانيًا فأسلم العبد المعتق ، وللسيد ورثة أحرار رجال مسلمون كالأب والأخ وابن العم ، فولاء العبد وميراثه لورثة سيده المسلمين دون السيد وإن كان حيًا ، لأن الولاء كان للسيد إذ كان العبد نصرانيًا فلما أسلم لم يرثه سيده لاختلاف الدينين ، والسيد فى هذا كالميت لا يحجب ورثته أن يرثوا ماله ولا يرث هو ، وكل من لا يرث فلا يحجب عند مالك .

وقال ابن القاسم : فإن أسلم السيد رجع إليه ولاء بولاء .

قال سحنون : ومعنى رجوع الولاء هنا إنما هو الميراث ، وأما الولاء فهو قائم لا ينتقل عنه .

صواب : لأن الولاء كالنسب ، فكما لا تزول عنه الأبوة إن أسلم ولده ، فكذلك لا يزول عنه الولاء إن أسلم مولاه .

ابن القاسم : ألا ترى أن لو مات لهذا النصرانى ولد مسلم ، وللنصرانى عصبة مسلمون أن عصبة النصرانى المسلم يرثون الولد، فكذلك ولاء مواليه .

قال : ولو أن نصرانيًا من العرب من بنى تغلب أعتق عبيدًا له نصارى ثم أسلموا فهلكوا عن [ق/ ٣٠ / ٣ ب] مال فميراثهم لعصبة سيدهم إن كانوا مسلمين يصرفون ، وما جنى هؤلاء العبيد بعد إسلامه فعقلهم على بنى تغلب .

ابن المواز : قال أشهب : ولو كان النصرانى ذميًا أعتق نصرانيًا ، فأسلم العتيق ثم جنى وسيده نصرانى فلا يلزم ذلك عصبة سيده وإن كانوا مسلمين ولا قرابة ولاء

على سيده لو أسلم ، وذلك على بيت المال إذ لو أسلم سيده ثم جنى جناية خطأ تبلغ ثلث الدية فأكثر لا يكون على عصبته وقومه شيء ، وذلك على بيت المال ، بخلاف العرب .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أعتق النصرانى عبدًا نصرانيًا إلى أجل أو دبره أو كاتبه ثم أسلم العبد قبل الأجل ، فإنه يؤاجر المدبر والمؤجل وتباع كتابة المكاتب ، فإذا حل الأجل وودى المكاتب كان حرًا وولاؤه للمسلمين إلا أن يسلم سيده فيرجع إليه ولاؤه ، لأنه عقد له العتق والعبد على دينه ، فلا أنظر إلى تمام حرمته . وأما المدبر فإن مات سيده نصرانيًا عتق فى ثلثه ، وكان ولاؤه للمسلمين ، إلا أن يكون لهذا النصرانى ورثة مسلمين ، فيكون ولاؤه لهم .

قال : وإن حمل الثلث نصف هذا المدبر ، عتق منه بحمل الثلث ويرق ما بقى، فإن كان ورثته نصارى بيع عليهم ما رق منه للمسلمين ، وإن كانوا مسلمين كان ما رق ملكًا للمسلمين ، لأن ورثته لا يرثون ، وكذلك إن لم يكن له ورثة ، فإن ما رق منه للمسلمين .

والفرق بين ما تركه النصرانى من الموالى المسلمين وبين ما تركه من مال أو عبدًا وولده المسلمين يرثون الموالى ولا يرثونه ، فكذلك يرثون الموالى .لأنه كنسب كان منعقدًا لهم قبل موت أبيهم ، فهو بخلاف ما تركه ، لأن ما تركه مال يورث عنه ، فلا يرثه إلا من كان على دينه ، لقوله ﷺ : « **لا يرث المسلم الكافر** » .

وأما الموالى : فليس بمال له ، إنما هم كولد أسلم فميراثه إخوة مسلمين ، وإنما كان بيت مال المسلمين أولى بما تركه النصرانى من ولده المسلمين ، لأن السنة سنت أن يرثه عصبته المسلمون ، فصار كمن لا وارث له ، وكل من لا وارث له من جميع الأمة فماله لبيت مال المسلمين [ ] عقل ماجنا .

ومن « المدونة » : وإذا أولد النصرانى أمته ثم أسلمت فعتقت عليه فولاؤها للمسلمين، ثم إن أسلم سيدها رجع إليه ولاؤها ، لأنه أولدها وهى على دينه . كمكاتب الذمى يسلم ويؤدى كتابته إن ولاءه للمسلمين ، فإن أسلم السيد رجع إليه ولاؤه .

فصل

ولما كان النصرانى ممنوعًا من ملك المسلم فى القضاء لم يجب أن [ ] ولاؤه إن أعتقه بعد إسلامه فلو أن نصرانيًا من [ ] أو من أهل الذمة أعتق عبيدًا له قد أسلموا ، أو ابتاع مسلمًا فأعتقه [ ] إلى أجل أو كتابة ، فولاء العبد إذا [ ] المسلمين دون السيد ودون ورثته المسلمين ، ولو أسلم السيد بعد ذلك لم يرجع إليه ولاؤهم ، لأنه يوم أعتقه [ ] لم يكن له من ولائهم شيء ، ولأنهم يومئذ ممن لا يجوز له ملكهم .

قال أبو إسحاق : وقد قيل : يرجع إليه [ ] فى « كتاب محمد » ، لأن الولاء عنده ثبت بصحة الملك ، وإنما منع من ميراثه لاختلاف الدينين ، فلما أسلم المعتق رجع إليه الولاء . كالمسلم يعتق نصرانيًا فثبت له الولاء بصحة ولا يرث لاختلاف الدينين ، فإذا أسلم النصرانى ورثه المعتق ، فأما إذا أعتقهم وهم على دينه فولاؤهم منفعة له ، لأنهم ممن يجوز له ملكهم ، فإن أسلموا بعد ذلك لم يرثهم لاختلاف الدينين ، فإن أسلم ورثهم .

قيل : فإن أسلمت أمته ، فأولدها بعد إسلامها .

قال : تعتق عليه وولاؤها للمسلمين ، فإن أسلم سيدها لم يرجع إليه ولاؤها ، لأنه أولدها وهى مسلمة ، ولا يجوز له ملكها .

يريد : ولو أسلم السيد قبل أن تعتق لبقيت فى ملكه أم ولد ، وتعتق من رأس المال بعد موته ويكون ولاؤها للمسلمين ، كما لو دبر عبده أو كاتب بعد أن أسلم ، فلم يؤاجر المدبر ، ولا يبعت كتابة المكاتب حتى أسلم السيد ، فإنهما يبقيان على حالهما بيده ، فإذا أعتق كان ولاؤهما للمسلمين ، لأنه عقد لهما ذلك وهم مسلمون.

م : **وقال الشافعى وأهل العراق** : إذا أسلم عبد النصرانى [ ] فأعتقه قبل أن يباع عليه فإن ولاءه له ، مثل ما لو أعتقه وهو على دينه .

قالوا : لأنه أعتق قبل زوال ملكه عنه ، وبعتقه كان حرًا ، وقد قال ﷺ : « **إنما الولاء لمن أعتق** » ، والحجة لمالك أنه لما كان النصرانى ممنوعًا من استدامة ملك عبده إذا أسلم وأنه يباع عليه ، فإذا بدر فأعتقه فقد منعنا من بيعه وأراد أن يتماسك بشيء

من رقه وهو الولاء ، فوجب أن يمنعه منه ، كما منع من استدامة ملكه .

فصل

ولما كان المسلم غير ممنوع من ملك الكتابى وجب أن يملك ولاءه إن أعتقه ولكن لا يرثه لاختلاف الدينين ، فإن أسلم ورثه بالولاء .

قال ابن القاسم : وإذا أعتق المسلم نصرانيًا ، فله ولاؤه ولا يعقل عنه ما جنى هو ولا قومه لأنهم لا يرثونه لاختلاف الدينين ولكن يعقل عنه المسلمون ويرثونه ، إذا لم تكن له قرابة من أهل دينه يرثونه بعد موته .

قال مالك : ولا جزية عليه ، ولو قتله أحد كان عقله للمسلمين .

قال فى « الموازية » :إذا أعتق المسلم نصرانيًا فله ولاؤه ، ولا يرثه لاختلاف الدينين ، وقد مات مولى لعمر بن عبد العزيز نصرانيًا ، فجعل ماله فى بيت المال فيئًا للمسلمين ولم يوقفه .

قال سحنون : وقد روى عن عمر بن عبد العزيز وربيعة والليث أنهم كانوا يقولون : يرثه معتقه ، كما يرثه بالرق .

ابن المواز : واختلف قول مالك إن ترك ورثة نصارى .

فروى أشهب عنه : لا يرثه أحد من ورثته ، وميراثه للمسلمين .

م : يريد : إلا أن يسلم أو يسلموا .

قال : وإنما جعلت ماله للمسلمين لأن عمر بن عبد العزيز فعله ، لأنه مولى المسلمين .

وروى عنه أيضًا : أنه يرثه ولده الذى على دينه ، وإنما ورثه ولده لأنهم موالى من أعتق أباهم يحوز ولاؤهم إلى معتقه .

وروى عنه ابن القاسم أنه قال : إنما ولده ووالده يرثونه ولا يرثه غيرهم .

وروى عنه أيضًا : أنه يرثه إخوته .

ابن القاسم : وإنما أرى أن يرثه كل ميراث الرجل من قرابته ، فإن لم يكن له وارث فبيت المال .

وقاله أصبغ وابن عبد الحكم.

وقال المخـزومى فى « العتبـية » : لا يرثه مولاه أبدًا ، وإنما يرثه ولده ، فإن لم يكن فبنو عمه فإن لم يكن له أحد من الناس فمن أخذ ميراثه [ق/ ٣١ / ٣ب] من النصارى .

وقال : هكذا مواريثنا فيه لأنهـم لا يكلفون فى أصل دينهم البينة ، ولو كلفوها لم يأتوا إلا بمثلهم ، فإن لم يطلب ميراثه أحد أوقفناه لبيت المال معزولاً ، ولا يكون [ ] حتى يرثه الله أو يأتى له طالب .

م : فصار إن لم يترك ورثة فيه ثلاثة أقـوال : قول : إن ماله للمسلمين . وقول لمولاه ، وقول: لمن طلبـه من أهل دينه ، وإن ترك ورثة فخمسـة أقوال : قول : إنه للمسلمين دون ورثته ، وقول: هو لولده خاصة ، وقول: هو لولده ووالده ، وقول: هو لولده ووالده وإخوتـه ، وقول : إنه يرثه كل من يرثه من القـرابة ، وهو مذهب «المدونة » .

ابن المواز : وأما من مات من أهل الذمة ولا وارث له من أهل دينه .

فقـال مالك : ميـراثه لأهل دينه ،لأن عليهم منهم الجـزية ، ولا يكون فى بيت المال .

وقال ابن القاسم : بل فى بيت مال المسلمين إذا لم تكن له عصبة يرثونه .

ابن المواز : وأما إن كان هذا النصرانى أعتقه مسلم فمات ، ولم يترك من يرثه به لرحم ، فلم يختلف أن ميراثه لبيت المال .

م : وقد تقدم لابـن الماجشون : أن عمر بن عـبد العزيز وغيـره يقولون : يرثه معتقه كما يرثه بالرق ، وقول المغيرة المتقدم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن الـقاسم : وإذ كـاتب المسلم عبـده النصرانى وكـاتب المكاتب عبدًا له نصـرانيًا فأسلم الأسفل لم يتبع كتـابته حملا ذلك حتى أديا جـميعًا فعتقا فولاء المكاتب الأعلى لسيده ، ولا يرثه لاختلاف الدينين ويرثه المسلمون ، ولو

أسلم كان ميراثه للسيد .

م : يريد : إن لم يكن من يرثه بنسب .

ابن القاسم : وولاء المكاتب الأسفل للسيد الأعلى ما دام سيده نصرانيًا ، ولو ولد للمكاتب الأعلى ولدًا بعد العتق فبلغ وأسلم ثم مات الورثة مولى أبيه ، وأما لو أعتق عبيدًا مسلمين ، ثم ماتوا عن مال فميراثهم لبيت المال ، لأن ولاءهم لا يثبت لهذا النصرانى حين أعتقهم فيجيزهم إلى سيده . ولو كان العبيد إنما أسلموا بعد أن عتقوا لورثهم سيد مولاهم وولد مسلمون إن كانوا لهذا المكاتب النصرانى ، وكل من لا يرجع ولاؤه إلى النصرانى إذا أسلم هو فليس لسيده من ذلك الولاء شيء ولكن ولاءه إذا أسلم النصرانى فيرجع إليه بذلك الولاء ما دام نصرانيًا لسيده الذى أعتقه .

فى ولاء من أعتقه عبد أو أم ولد مكاتب ووولاء ولد الأمة والمكاتبة والمكاتب وجد الولاء فيه

قال الله تعالى : ﴿ عَبْدًا مَّمْلُوكًا لاَّ يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴾ .

قال مالك : فلا يجوز عتق العبد بغير إذن سيده ، فإن أعتق أو دبر أو كاتب أو تصدق بغير إذنه ، فللسيد رد ذلك ، فإن رده بطل ولم يلزم ذلك العبد إن أعتق ، وإن لم يعلم بذلك السيد .

ابن المواز : وإن علم فلم يرده ولم يرض حتى عتق العبد ، مضى ذلك ، وكان الولاء للعبد .

قال ابن القاسم : لأن العبد حين أعتقه سيده تبعه ماله فجاز عتقه لعبده ، وكان له ولاؤه إلا أن يكون السيد استثنى مال عبده حين أعتقه فيرد فعل العبد ، ويكون ما أعتق متقدمًا رق السيد ، وما أعتق العبد بإذن السيد فهو جائز ، والولاء للسيد وكأنه هو المعتق ولا يرجع إلى العبد إن عتق .

م : وإنما قال محمد : إذا علم السيد بعتقه فلم يرد ، ولم يرض حتى عتق العبد مضى ذلك وكان الولاء للعبد ، لأن العبد عندنا مالك وأفعاله جائزة فى ماله على الجواز حتى ترد ،ألا ترى أنه إذا لم يعلم بعتقه حتى أعتقه أن عتقه ماض لا يرد ، وإذا كانت أفعاله فى ماله على الجواز فلا يبطلها إلا رده إفصاحًا ، وليس علمه

وسكوته فى ذلك إذن ، ولا ردًا ، لأن العبد لم يستأذن ذلك فتطلب إجازته أو رده ، وإنما فعل فعلاً جائزا ، فهو على ذلك حتى يرد ، وأما عتق العبد بإذن السيد فهو جائز والولاء للسيد ، إذا كان هو المعتق ، ولا يرجع إلى العبد إن عتق .

قال : وعتق أم الولد لعبدها ، كما وصفنا فى عتق العبد لعبده .

قال مالك : وكذلك المكاتب لا يجوز عتقه ولا صدقته ولا تدبيره بغير إذن السيد، ويرده السيد ، فإن رده بطل ولم يلزم المكاتب منه شيء .

وإن عتق ولم يعلم بذلك السيد حتى عتق المكاتب مضى ذلك ، وكان الولاء للمكاتب ، وما أعتق بإذن سيده فالولاء للمكاتب لا للسيد ، إلا أن يعتق المكاتب فيرجع إليه الولاء ؛ إذ ليس للسيد انتزاع ماله ، بخلاف العبد وأم الولد إذ له انتزاع مالهما .

ابن المواز : وأصل مالك وابن القاسم فى هذا : أن كل من للرجل أن ينتزع ماله من أرقائه فولاء من أعتق بإذنه له ، ومن ليس له انتزاع ماله فولاء ما أعتق بإذن السيد رجع إليه إن أعتق .

قال : وقد اختلف فيما أعتق المدبر وأم الولد فى مرض السيد بإذنه .

فقال أصبغ : الولاء لهما ، وإن صح السيد لأنه يوم أعتق لم يكن للسيد نزع ماله ، وإنما ينظر إلى ساعة وقع العتق ، وليس كذلك المكاتب إذا عجز بعد أن أعتق عبده ، فالولاء فى هذا للسيد ، ولا يرجع إلى المكاتب إن أعتق .

وقال عبد الله بن عبد الحكم : اختلف فى ولاء من أعتقه المدبر وأم الولد فى مرض السيد بإذن السيد .

وأحب إلىّ : أن يكون للسيد ، وإن ملك ولا يرجع إليهما وإن عتقا ، لأنه كان له أخذ مالهما بسبب صحته إن صح ، وكذلك المعتق بعضه .

ابن المواز : وقاله أشهب فى « العتبية » : المعتق بعضه يعتق بإذن السيد .

قيل له : ولا تراه كالمكاتب ، لأنه ممن ينتزع ماله .

فقال : لا، للمكاتب سنة ، وللعبد سنة ، وهذا عبد .

ابن المواز : ولم تكن له حجة أكثر من هذا .

وقد قال ابن القاسم : إن ولاء ما أعتق المعتق بعضه للعبد ، وهو الصواب . ولم يعجبنا [ ] ولا أصبغ ولا غيره في ذلك كله .

وهو خلاف قول مالك وابن القاسم : إن من لم ينتزع ماله ، ولا ما أعتق بإذن السيد راجع إليه إن أعتق .

وما روى عن ابن القاسم غير هذا غلط عليه وإنما هو عن أشهب .

وقال ابن المواز : والمدبر وأم والولد لا ينتزع أموالهما في مرض [ق / ٣٢ / ٣ ب أ] السيد ، فإن انتزع ماله ، ثم مات فذلك رد ، وإن عاش بقى له ، فكان عتقها بإذنه في المرض موقوف ، فإن مات علمنا أنه يوم أعتقها ممن لم يكن له انتزاع مالهما، فالولاء لهما .

وإن صح علمنا أنه ممن له أن ينتزع مالهما ، فصار له الولاء ثم لا يرجع إليهما وإن عتقا .

وكذلك المكاتب الذى لم يختلف فيه يعتق بإذن السيد ، ثم يعجز ثم يعتق بكتابة أخرى أو غيرها ، فلا يرجع إليه الولاء .

وقال ابن القاسم في عبد بين رجلين أعتق عبدًا له بإذن أحدهما ولم يعلم الآخر حتى أعتقاه إن ولاء ذلك العبد له دون سيديه ، ما بقى عبدهما الذى أعتقاه أو أحد [ق/ ٣٢ / ٣ ب] من عصبته الأحرار ، لأنه لم يكن لأحدهما أخذ شيء من ماله دون صاحبه ، فكذلك عنه « العتبية » قال : وإن أعتق المعتق بعضه عبدًا بإذن من له بقية بولاء ما أعتق بين الذى كان أعتق نصفه وبين مالك بقيته على الأجزاء إن كان له نصف فالولاء بينهما نصفين ، فإذا أعتق العبد الذى نصفه حر يومًا ما رجع إليه ، ولا ما كان أعتق وإن كان أعتق بغير إذن من له نصفه كان له رد عتقه .

وروى عنه يحيى بن يحيى : أن ولاء ما أعتق هذا العبد المعتق بعضه بإذن الذى له فيه الرق خالصًا ، وهو أحق بميراث مواليه من الشريك كالذى كان أعتق نصفه كما أنه أحق بميراث نفسه .

م : وهذا كقول أشهب الذى ذكره محمد ، وأنكر أن يكون ابن القاسم قاله .

ابن المواز : قال مالك : وإن أعتق المدبر أو الموصى بعتقه عبدًا كله بعد موت

سيده ، وقبل أن يقوم في ثلثه فيتوقف عتقه ، فإن خرج المدبر من الثلث أو الموصى بعتقه نفذ عليه ما كان أعتق ، أو جنت بعتقه . وإن خرج بعضه لم يعتق من العبد الذى أعتقا قليل ولا كثير ، ولو أعتق بعد ذلك بقية المدبر أو الموصى بعتقه وذلك العبد بيده لم يعتق منه شيء ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أعتق المكاتب عبده على مال ، فإن كان المال للعبد لم يجز ، لأنه قادر على انتزاعه ، وإن لم يكن له جاز ، على وجه النظر، لأن له أن يكاتب عبده على وجه النظر ، وإن كره سيده فإن أدى كتابته كان له ولمكاتبه لسيده .

قال : ومن قال لمكاتب أو عبد مأذون له في التجارة : أعتق عبدك هذا على ألف درهم . ففعل جاز ذلك ، لأنه بيع وبيعهما جائز .

ابن المواز: إلا أن يشاء السيد أن يتبع المكاتب بذلك ، فذلك له ، ويتم عتق العبد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال للمكاتب : أعتق عبدا على ألف درهم ، ولم يقل عنى فالعتق جائز ، إذا كانت الألف ثمنًا للعبد أو أكثر من ثمنه ، والولاء للمكاتب إن أعتق ، وإن عجز فالولاء للسيد ، ولا شيء للذى أعطى الألف من الولاء ، وتلزمه الألف .

كمن قال لرجل : أعتق عبدك على ألف درهم ، ولم يقل عنى ، فأعتقه ، لزمته الألف والولاء للذى أعتق .

ابن المواز : ولو أن المكاتب هاهنا حابى المشترى حين قال له : أعتقه ، ولم يقل عنى . لم يكن للسيد ، إلا أن يجيز ذلك أو يرد بيعه وينقض عتقه .

وإنما فرق ذلك ، لأنه إذا قال : أعتقه عنى ، فكأنه اشتراه وأعتقه ، فوجب عليه غرم المحاباة ، فإن لم يكن له مال رد من عتق العبد بقدر ذلك ، لأنه دين قبل العتق .

وإذا لم يقل عنى ، فهو إنما دفع إليه المال لعتقه عن نفس المكاتب فهو كعتق المكاتب عن نفسه ،فإذا كان فيه محاباة فإما أجاز ذلك السيد أو رد عتقه ، وهذا بين.

وقال بعض شيوخنا فيمن أعطى لرجل على أن يعتق عبده ، فقال الدافع : شرطت عليك على أن يكون الولاء لي ، وقال رب العبد : بل على أن الولاء لي ، فالقول قول سيد العبد ، ولا يمين عليه ، لأن الولاء له في ظاهر الأمر ، لأنه هو المعتق ، ولو أوجبنا عليه اليمين فنكل ، لم ينتقل الولاء منه .

م : ولأنه لو أقر له بذلك لكان الولاء للمعتق ، وهي مسألة عائشة في شراء بريرة وعتقها واشترطت الولاء للبائع .

ولو كان اختلافهما على أن قال الدافع : دفعت إليك المال على أن تعتقه عنى ، وقال سيده : لعبده ، أو قال : بل على أن نفقته عن نفسى ، فالقول قول السيد ، لأن كل من قال كلا الأمرين ، وقال صاحبه : لم يكن ، فالقول قول من قال لم يكن ، وعلى صاحبه الثبات .

م : ويلزم السيد هاهنا اليمين ، لأنه لو أقر بدعوى الدافع كان الولاء للدافع ، ولو ثبت في الأول لكان الولاء للسيد ، فافترقا .

فصل

قال ابن القاسم : ومن أعتق أمة حاملاً من زوج ، حرًا أو عبدًا ، فولاء ما في بطنها للسيد .

قال عطاء بن أبى رباح : وميراثه لأبيه الحر .

ابن المواز : وإذا أعتق السيد أمته الحامل من العبد فوضعته بعد العتق ، ثم حملت بآخر ولدته بعد العتق ، فميراث الولدين جميعًا لمعتق الأم ، فإن لم يموتا حتى عتق الأب ، فإنه يجر ولاء التى حملت به عتقها لمواليه ، ويبقى ولاء الذى أعتقت وهي حامل به لمعتق الأم ، والأب يرثهما جميعًا بالنسب .

وإن مات قبلهما ثم ماتا ، ورث الأول مولى الأم وورث الثاني مولى الأب .

ومن « المدونة » : وقال يحيى بن سعيد في عبد تزوج أمة لغير سيده فأولدها، فعتق الولد قبل أبويه ثم عتقا ، فإنه يرثانه ما بقيا .

قال مالك : وإن ماتا فولاؤه لمن أعتقه ، ولا يجر الوالد ولاء ولده إلى سيده ، وإنما يجر إليه ولاء ولده من زوجة حرة .

وأما من الأمة فولاؤهم لمعتقهم لقول النبي ﷺ : « **لمن أعتق** »[(١)] .

قال مالك : ومـا ولد للمدبر والمكاتبة من زوج حر ،أو مكاتب لغيـر سيدها ، فإن ولدها منه بمنزلتها في الرق والعتق ، وولاؤهم لسيدها دون سيد الأب .

ابن القاسم : وكذلك لو وضعته المكاتبـة بعد الأداء إذا مسه الرق في بطنها ، ألا ترى أن مالكًا قال فيـمن أعتق أمته الحامل من زوج عبـد ، فولدت بعد العتق ووالده عبد ، ثم عتق ، إن ولدها حر وولاؤه لسيد الأمة ، ولا يجر الأب ولاءه .

قال : وإذا مات المكاتب وترك ولده من زوجة حـرة وولد أحدثوا في الكتابة من أمته وترك وفاء بالكتابة ، أو لم يترك شيئًا ، فأدى عنه ولده الذين حدثوا في الكتابة، فلا يجر إلى سيده ولا ولده الأحرار في الوجـهين ، لأنه مات قبل تمام حرمته ، ولا يجر الولد الذين حدثوا إلى السيد ولا إخوتهم .

قال مالك : ولو كاتب المكاتب عبدًا له ثم هلك المكاتب الأول وترك ولدًا حدثوا في الكتابة ، أو كـاتب [ق/ ٣٣ / ٣ أ] عليهم وولدًا أحرارًا ، فـسعى ولده الذين في الكتابة حتى أدوها ، كان ولاء المكاتب الأسفل إذا أدى لولد المكاتب الأول الذين في الكتابة دون ولده الأحرار كفاضل ماله .

قال ابن الماجـشون : ولاء الأسفل للسـيد الأعلى دون ولاء المكاتب الذين أدوا بقية الكتابة بعد موت أبيهم ، لأن أباهم مات قبل تمام حرمته .

ابن القاسم : ولو أدى المكاتب الأسفل قـبل الأعلى ، ثم أدى الأعلى ، لرجع إليه ولاء مكاتبة الأسفل عند مالك .

في ولاء من أسلم من عبيد الحربيين أو أبنائهم أو نقض العهد من معتق أو معتق عليه ثم غنماه ، وولاء من أسلم من ذمى [ق / ٣٣ / ٣ ب] أو حربى أو غيرهم

قال مالك : وإذا أسلم عبد الحربى ثم خرج إلينا ، أو أسلم بعد خروجه إلينا ، فهـو حر وولاؤه للمـسلمين ، ثم إن أسلم سيـده بعده وقـدم لم يرده في الرق ولم يرجع، وولاؤه لأنه قد ثبت للمسلمين .

---

(١) أخرجه البخارى (٤٤٤) ، ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

فأما إن أعتقه في بلد الحرب ثم أسلم العبد وخرج إلينا ، ثم خرج سيده بعده فأسلم ، فإنه يرجع إليه ، وولاؤه إن ثبت عتقه إياه ببينة مسلمين من أسارى أو تجار أو أهل حصن يسلمون ، لأن الولاء كالنسب ، لو قدم إلينا حربى فأسلم ثم قدم أبوه بعده وشهد أنه ابنه ببينة مسلمين ، ألحقته بنسبه ، فكذلك الولاء .

ابن المواز : عن أشهب : ليس عتقه بعتق ، ولا ولاء له فيه بعتقه إياه في بلد الحرب ، والسيد ليس بمسلم ، وإنما أعتق هذا العبد خروجه إلينا ، ولو مات عندنا ما بعثنا بما ترك إلى مولاه أنه أعتقه .

قال ابن المواز : صواب ، لأن عتق النصراني باطل إلا أن يسلم أحدهما ، فلما خرج إلينا عتق لخروجه وحده .

م : وإنما يصح كلام أشهب إذا أسلم العبد بعد خروجه ، وعليه يدل كلام ابن المواز .

فأما إن أسلم العبد قبل خروجه فينبغى أن لا يختلفا في ذلك ، لأن أشهب يجعله حراً بإسلامه وإن لم يخرج إلينا ولم يعتقه سيده ، فكيف إذا أعتقه مولاه ، فهو أحرى أن يكون حراً باتفاق ، ويكون لمولاه ولاؤه ، لأنه أعتقه وهو على دينه ، فإذا قدم مولاه فأسلم فإنه يرجع إليه ولاؤه إن كان عتقه إياه ببينة مسلمين .في قول ابن القاسم وأشهب .

ابن المواز : وهو في « المدونة » : واختلف أيضًا ابن القاسم وأشهب فيمن أسلم من عبيد الحربيين بأيديهم ، فقال ابن القاسم : لا حرية له بذلك ، إلا أن يخرج قبل سيده فيكون حراً بخروجه ، ثم إن جاءنا سيده وأسلم ، فلا ملك له عليه ولا ولاء، ولو جاء سيده كافراً أو مسلمًا كان له رقًا ، وكذلك لو قدم معه ، ويؤمر ببيعه من مسلم إن لم يسلم ، وذلك أنه إذا خرج قبل سيده فقد غنم نفسه كما لو غنمه غيره .

قال : ولو أسلم سيده قبل خروج العبد الذى أسلم لبقى ملكه عليه ، وإذا خرج العبد قبله ، وجعله أشهب حراً بإسلامه وإن لم يخرج إلينا .

ابن القاسم : ولو كان ذلك ما كان ولاء بلال لأبى بكر وقد أعتقه إسلامه .

ابن المواز : فاضطر أشهب إلى أن قال : لم يكن ولاؤه لأبى بكر.

وقد قال مالك : بلغنى أن بلالاً طلب الخروج إلى الشام في الجهاد فمنعه أبو

بكر ، فقال له بلال : إن كنت أعتقتنى لنفسك فاحبسنى ، وإن كنت أعتقتنى لله فخل سبيلى فقال له : قد خليتك .

م : فهذا يؤيد ما قاله ابن القاسم .

ابن المواز : قال أشهب : ولو أسلم سيده بعده بساعة ما كان له ولاؤه حتى يسلم معه أو قبله .

ابن المواز : وقول ابن القاسم أحسن ، أن يخرج العبد إلينا يكون حرًا ، خرج وهو مسلم أو كافر ثم أسلم ثم جاء سيده مسلمًا أنه لا ولاء له عليه .

ولو ثبت كافرًا حتى جاء سيده فولاؤه له .

ابن المواز : وأجمع ابن القاسم وأشهب أنا إذا دخلنا دار الحرب وقد أسلم العبد وحده ، أنه بذلك حر .

قال ابن القاسم : وذلك استحسان ، ورأيت ذلك كخروجهم إلينا .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قدمت إلينا حربية بأمان فأسلمت فولاؤها للمسلمين ، فإن سبى أبوها بعد ذلك فأعتق وأسلم وثبت أنه أبوها ببينة مسلمين ، جر ولاؤها لمعتقه ، إذ لم يملك ولاءها أحد برق تقدم فيها أو في أبيها .

م : وهذا جار على أصله في الحربى يعتق عبدًا ببلد الحرب ثم يسلم العبد ويخرج إلينا ثم يخرج سيده بعده ويسلم ، فإنه يرجع إليه ولاؤه، لأنه أعتقه وهو على دينه ، فثبت له ولاؤه ، والولاء كالنسب .

وقال سحنون في الحربية : لا يجر الأب ولاءها إلى معتقه ، لأنه قد ثبت للمسلمين .

وقد قال ابن القاسم في الذى يولد له ولد فيسلم قبل أبيه ثم يلحق الأب بدار الحرب ناقضًا للعقد ، فيسبى ويباع ويعتقه المبتاع ويسلم ، فلا يجر ولاء ولده إلى معتقه ، لأن ولاءهم قد ثبت للمسلمين ، فهذا شبيه قول سحنون في الحربية التى قدمت .

م : ويحتمل أن يكون الفرق عند ابن القاسم بين هذه الحربية وبين ولد الذمى

الذى نقض العهد أن مالك - أى الحربية - ملك يجتمع عليه ، فإذا عتق قوى فى جر الولاء ، وملك الذمى الذى نقض العهد ملك مختلف فيه ، لأن أشهب يقول : حر ولا يجوز استرقاقه وأن ولاء ولده قائم للمسلمين ، فلما كان ملكه ملكًا مختلفًا فيه عن جر الولاء ، وإن كان في المسألة في كتاب محمد خلاف ما في « المدونة » .

ابن القاسم في « المدونة » : إذا أعتق الذمى عبيدًا له نصارى ثم أسلموا ، ثم لحق السيد بدار الحرب ناقضًا للعهد ، فسبى ثم أسلم ، رجع إليه ولاؤهم ولم يرثهم لما فيه من الرق ، ويكون ميراثهم للمسلمين ، إلا أن يعتق قبل موتهم فيرثهم ، ولا يرثهم سيده الذى اشتراه ما دام هو في الرق ، ولا يشبه هذا المكاتب الأسفل يؤدى قبل الأعلى ثم يموت عن مال ، هذا يرثه السيد الأعلى ، لأنه أعتقه مكاتب هو في ملكه بعد ، وهذا أعتق هؤلاء وهذا من قبل أن يملكه هذا السيد ، فإن أعتق العبد كان ولاؤهم له ولا يجره إلى معتقه الآن ، وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذى قبل ، فأما ما تقدم له من عتق أو ولد فأسلموا قبل أبيهم لم يجر ولاؤهم إلى معتقه ، لأن ولاءهم قد ثبت للمسلمين .

م : وهذا في « المدونة » : والذى في كتاب محمد ، قال : وإذا أعتق النصراني عبيدًا له نصارى ، ثم هرب السيد إلى دار الحرب ناقضًا للعهد ، ثم سبى فبيع وأعتق فإنه يجر إلى من أعتقه ولا ما كان أعتق قبل لحوقه بدار الحرب ، وهذا خلاف ما في « المدونة » ، وهو في مسألة الحربية ، وهو الصواب لأنهما سواء [ق / ٣٤ / ٣ أ] لم يملك ولاءها أحد بمنة عتق .

قال : إن هرب ثانية إلى دار الحرب فسبى وبيع ، فأعتقه مشتريه فيه ، يكون ولاؤه نفسه لهذا الذى أعتقه آخرًا ، ولا يجر إليه ولاء ما كان قبل لحوقه الثاني بدار الحرب ، ولا ولاء ولده لأن ولاءهم قد كان ثبت للأول الذى أعتقه أولاً ومنّ عليه بالعتق ، ولكن ما أعتق من ذى قبل أو ولد له فولاؤهم لسيده الآخر .

وقال ابن القاسم فيه وفي « المدونة » : في المسلم يعتق عبده النصراني ، فيهرب هذا النصراني إلى بلد الحرب ناقضًا للعهد لغير عذر ، فإن سبى فهو فيء ، فإن اشتراه أحد فأعتقه ، فولاؤه له ، وما كان تقدم له من ولد من امرأة حرة ، أو أعتق من عبد قبل نقضه ، فقد ثبت ولاؤهم للمعتق الأول ، والولد نسب ثابت ولم ينقضوا العهد فينقض ولاءهم وحريتهم كما انتقضت حرية [ق / ٣٤ / ٣ ب] من

كان أعتقهم ورجع إلى الرق ، فإذا أعتق كان ولاؤه وولاء من يولد له أو يعتق من الآن لمولاه الثاني ، ولا يجر إليه ما كان من ذلك قبل الرق الثاني ، وإنما يجر مثل هذا العبد يتزوج حرة ، فيولدها والأملاك تتداوله حتى يعتق ، فيجر ولاء كل ولد له منها إلى معتقه .

ابن المواز : وقال أشهب في النصراني الذى أعتقه مسلم فنقض العهد وحارب ، لو كنت أقول إن حريته الأولى تنقض لكنت أقول هذا ، فوصف كقول ابن القاسم بعينه .قال : ولكنى أقول إلى حريته الأولى شاء أو أبى ، وولاؤه للأول على حاله.

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب إلينا .

وقيل لابن القاسم : لم قلت ذلك وقد قلت في التى قدمت بأمان فأسلمت فصار ولاؤها للمسلمين ثم سبى أبوها وعتق : أنه يجر ولاءها ؟

قال : لأن هذه لم يملك ولاءها أحد بمنة عتق ، ولو سبيت هي أولاً فعتقت لبقى ولاؤها وولاء من أعتقت لمعتقها ، ولا ينتقل إلى من أعتق أباها .

ورجع محمد وقال في النصراني المعتق : قول أشهب أحب إلينا ، لأن الولاء قد ثبت للمسلم الذى أعتقه ،وهو نسب ثابت لا ينتقل أبدًا ، فوجب أن لا تنتقل حريته، وليس كالنصراني يعتق عبده النصراني فيهرب العبد إلى دار الحرب ، فإن أسلم سيده النصراني والعبد في دار الحرب ثم غنمه المسلمون ، لرد إلى حريته وولاؤه لسيده الذى أسلم .

وقال إسماعيل القاضى في « المبسوط » : لا يشبه أن يكون الولاء إلا للأول على معاني قول مالك ، لأن الولاء نسب قد كان ثبت للأول ، فإذا سبى هذا الولاء واسترق ، انقطع الولاء ما دام في حال رقه رجع الولاء إلى من قد ثبت له كما أن الابن المملوك لا يوارث أباه الحر ، فإذا عتق وجبت الموازنة بينهم بالنسب .

م : وهذا الذى شبه به إسماعيل لا يشبهه ، لأن هذا الابن إذا عتق ورثه أبوه بالنسب ، والولاء قائم لمعتقه ، والعبد المعتق أولاً عتقه قد انتقض وعاد عبدًا ، وقد أعتقه الآن غيره عتقًا لم ينتقض فهو أولى من العتق الأول المنتقض .

قال : والصواب عندى ما قاله أشهب : إن الولاء قد ثبت للأول كالنسب ، فلا ينتقض عتقه ولا يسترق ، ويبقى على حريته الأولى وولاؤه للأول ، إذ ليس له عتق

غيره .

وقال ابن القاسم في « المدونة » و « الموازية » : ولو أعتق النصراني عبدًا له نصرانيًا ، ثم نقض السيد العهد فأسر ، وأسلم مولاه ، فاشترى سيده وأعتقه ، ثم أسلم بعد أن أعتقه مولاه ، فولاء كل واحد منهما لصاحبه .

قال ابن المواز : فميراث الميت منهما أولاً للباقى ، وميراث الباقى للمسلمين .

قال : وقال أشهب : بل يرجع الأول حرًا ويرد إلى ذمته ، وله ولاء مواليه ، ولو قلت : إنه استرق ، لقلت : لا يرجع إليه ولاء هذا الذى اشتراه ولا ولاء أحد لمن كان أعتق أولاً كما لا يرجع إلى حرية نفسه ، وكان يكون ولاؤه لهذا الذى أعتقه الآن الذى كان عبدًا له ، ولا ولاء له هو عليه ، ويكون ولاء هذا وكل ولاء تقدم له للمسلمين .

قال ابن المواز : أما ما لم يقل : إنه يرد إلى حديثه ، فإنه يجر إلى معتقه الآن ولاء ما تقدم له من عتق أو ولد من حرة إن لم يمس رقبته ولاء قط بعتقه عتق .

وأما لو مسه الآن رق ، فعتق منه ، فهذا يجر ما تقدم له من ولاء العتق أو ولاء إلى معتق آخر .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وكل من أسلم من أهل الذمة فولاؤهم للمسلمين، وعقلهم وجرائر مواليهم على بيت المال ، ويرثهم المسلمون إن لم يكن له ورثة مسلمون .

وكذلك من أسلم من الأعاجم البربر والسودان والقبط ولا رحم بينهم يتوارثون بها كتوارث أهل الإسلام ولا موالى ، فعقلهم على المسلمين وميراثهم لهم ، وقاله زيد بن ثابت وابن مسعود وكتب أبو موسى إلى عمر بن الخطاب أن ناسًا يموتون ولا يتركون رحمًا ولا ولاء ، فكتب إليه عمر أن ألحق أهل الرحم برحمهم ، فإن لم يكن رحم فولاء ، فإن لم يكن فأهل الإسلام يرثونهم ويعقلون عنهم ، وقاله عمر ابن عبد العزيز في من أسلم من أهل الملل .

قال مالك : وليس إسلام الرجل على يدى الرجل بالذى يجر إليه ولاءه للمسلمين .

قال يحيى بن سعيد : ولاؤه للمسلمين عامة كما كانت حريته للمسلمين .

م : وقال إسحاق بن راهوية : يكون ولاؤه للذى أسلم على يديه يرثه ويعقل عنه ، واحتج بما روى عن تميم الدارى أنه قال : يا رسول الله ، الرجل يسلم على يدى ؟ فقال : « **أنت أولى الناس بمحياه ومماته** » .

وقال أبو حنيفة : له أن يوالى من شاء .

م : والصواب قول مالك ، لقول النبي ﷺ : « **إنما الولاء لمن أعتق** » ، وليس إسلامه على يد أحد عتقًا .

في ولاء العبد يشتريه من يشهد أنه حر أو أم ولد أو من يعتق عليه أو يوصى له به

قال ابن القاسم : ومن شهد على رجل أنه أعتق عبده ، فردت شهادته ثم ابتاعه منه - م : يريد من غيره - فليعتق عليه بالقضاء .

قال سحنون : وقال أشهب : لا يعتق على الشاهد إلا أن يقيم بعد شرائه على قوله : ذلك فأعتقه عليه وأجعل ولاءه لهذا الذى قضيت عليه بعتقه ، وبه أقول .

وقال أشهب في « الموازية » : إن قال : شهدت بباطل ، لم أعتقه عليه بعد أن يحلف ، فإن أبى اليمين عتق عليه .

وكذلك إن قال : شهدت بالحق ولكنها ردت ، فإنه يعتق عليه ويكون ولاؤه لمن شهد عليه بعتقه ، ثم إن مات العبد المعتق عن مال ، فليأخذ منه هذا المشترى الثمن الذى أدى فيه ، ولا يكون للمشهود عليه المقضى به بولاء أن يمنعه ، وما بقى للمشهود عليه إن كان حيًا .

م : يريد إن ادعاه وصدق الشاهد وإلا كان موقوفًا .

قال أشهب : وإن كان المشهود عليه ميتًا ، فجميع ما ترك المولى لعصبة المشهود عليه بعتقه ، ولا يأخذ المشترى من هذا المال الثمن الذى أدى ، لأن ذلك الثمن في ذمة الميت ، والورثة يقولون : نحن لم نظلمك ولا أخذنا ثمن هذا الحر ، وإنما نرثه بالولاء واطلب أنت تركة الميت إن كان له مال أو صار إلينا منه شيء .

م : فدل بذلك أن لو ترك المشهود عليه مقدار الثمن فأكثر لم يكن للورثة أخذ ما

ترك العبد حتى يدفعوا إلى المشترى ثمنه أو مقدار ما ترك البائع إن ترك أقل من الثمن، فإذا دفعوا ذلك أخذوا ما ترك العبد. وهذا إذا كان الورثة رجالاً يرثون الولاء.

وإن لم يكن له ورثة إلا نساء [ق/ ٣٥ / ٣ أ] أو من لا يرث الولاء ، فلا شيء للشاهد من تركة الميت ، لأن الورثة لا يرثون ما ترك المعتق المشهود عليه ، مات منكرًا للعتق ، ويكون [ق/ ٣٥ / ٣ ب] ما ترك العبد المعتق للمسلمين ، وكذلك إن كان الورثة ممن يرثون الولاء وترك العبد المعتق من يرثه ويحوز ماله بالنسب ، فليس للشاهد من تركة العبد ولا من تركة المشهود عليه شيء .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وكذلك الحكم فيمن أقر بعد أن اشترى عبدًا أن البائع كان أعتقه ، فإنه يعتق عليه وولاؤه للبائع ، والحكم فيما ترك المعتق قبل موت المشهود عليه أو بعده مثل ما ذكرنا فيمن رد شهادته بعتقه ثم اشتراه .

قال ابن القاسم : وكذلك لو شهد بعد أن اشترى عبدًا أنه حر الأصل ، أو شهد على أبيه بعد موته أنه أعتق عبدًا له في وصيته ثم ورثه عنه بأمره ، وكان الثلث يحمله، أو قال : كنت بعت عبدى هذا من فلان فأعتقه ، وفلان يجحد ، فإن العبد في ذلك كله حر بالقضاء وولاؤه لمن زعم هذا أنه أعتقه .

قال ابن المواز : قال أشهب في الذى قال : بعت عبدى من فلان فأعتقه ، وفلان يجحد ، فإن كان المشترى مليًا بالثمن لم أر للبائع استرقاقه ، ويحكم عليه بعتقه .

وإن كان معدمًا ولا فضل في قيمته ، فلا بأس أن يسترقه ، واستحسنه أصبغ.

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : ومن اشترى أمة ثم أقر أنها أم ولد لبائعها، فذلك يلزمه ، ولا سبيل له عليها ، فإن أقر بذلك البائع ردت إليه ورد الثمن ، وإن أنكر لم أعجل عتقها حتى يموت البائع ، إذ لعله يقر بذلك فتعود أم ولد ، فإن مات ولم يقر بذلك كانت حرة من رأس المال ، وولاؤهما لمن يرث الولاء عن البائع .

فإن مات عن مال قبل موت البائع أخذ هذا منه قدر الثمن وما بقى فللبائع إن أقر ، وإن أنكر كان موقوفًا .

وإن مات قبلها فكل ما تركت لمن يرث ولاء عن البائع كما ذكرنا في مسألة العبد قبل هذا .

م : وحكى بعض فقهائنا عن بعض شيوخنا أنه قال : إن نفقة هذه الأمة في

حال الإيقاف - يريد : إن لم يقدر على نفقة نفسها - على البائع ، فإن أبى عتقت عليه .

قال بعض فقهائنا كما قلنا في إيقاف أم ولد الذمى تسلم: إن نفقتها عليه ، فإن لم يقدر على ذلك عتقت عليه .

م : والذى يظهر لي أن نفقة هذه الأمة على المشترى ، لأنه بتمام شرائها ودخولها في ضمانه وجبت عليه نفقتها ، فيريد بإقراره أن يسقط نفقتها واسترجاع ثمنها ، فإن لم يقبل منه ذلك في الوجهين ، لأنه يعد نادمًا في شرائها فأقر بذلك ليرد بيعها ، ولأن إقراره أوجب إيقافها ، فيجب عليه نفقتها ، ولأنه ظالم في شراء ما لا يحل له ، والظالم أن يحمل عليه ولا تعلق على البائع بذلك يمين بشهادة المشترى للتهمة التى تلحقه ، ولا نجد أحدًا يلزم إخراج مال بشهادة من لا تجوز عليه شهادته .

والفرق بينهما وبين أم ولد الذمى كانت على سيدها وليست بمتعدية في إسلامها ولا أزال ذلك ملك سيدها عنها ، وإنما أوقفت عليه فهى على النفقة المتقدمة ، فإذا اختار ذلك أنفق ، وإن كرهه أعتقها .

فصل

ابن القاسم : ومن اشترى أباه فعتق عليه ، كان ولاؤه له عند مالك .

وكذلك لو اشترت أمة أباها يعتق عليها ، وكان لها ولاؤه .

وبعد هذا باب في ذكر مواريثهم .

قال مالك : ومن أوصى له بمن يعتق عليه إذا ملكه ، والثلث يحمله ، عتق عليه ، قَبِلَهُ أم لا ، وولاؤه له .

قال غيره : ويبدأ على الوصايا .

قال أشهب : وهو مضار في ترك قبول الوصية إذا كان الثلث يحمله .

قال مالك : فإن لم يسع الثلث إلا بعضه ، فإن قبله قوم عليه بقيته وعتق جميعه، وكان الولاء له .

وإن لم يقبله ، فروى علي عن مالك أن الوصية تسقط وكذلك إن أوصى له ببعضه والثلث يحمله ، فإن قبله قوم عليه باقيه وعتق عليه جميعه ، وبدئ على أهل الوصايا ، وكان له ولاؤه .

قال ابن المواز : وروى عن مالك أن ذلك الشقص يعتق عليه وإن لم يقبله ، وولاؤه لسيده ، ثم رجع فقال : بل للموصى له .

وكذلك في الهبة والصدقة في الصحة به أو ببعضه ، وقاله أصبغ في الوصية ، وأما في الصدقة فقال : لا يعتق إلا أن يقبله كله أو بعضه .

ابن المواز: بل الصدقة والوصية واحد ، والصدقة ببعضه آكد أنه إن قبله عتق عليه كله ، وإن لم يقبله فهو حر كله على سيده .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون : الوصية والهبة سواء ، قبلها أو ردها لا تقويم عليه لباقيه ، كان ذلك الشقص يعتق بكل حال وولاؤه للمعطى ، لأنه عنه عتق .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : وإن أوصى لمولى عليه بمن يعتق عليه ولم يحمله الثلث ، فقبله وليه ، لم يعتق عليه إلا محمل الثلث ، ولا يقوم عليه باقيه ، وليس للموصى ألا يقبله ، ويكون للمولى عليه ولاء ما عتق منه ،لأنه عليه عتق .

وكثير من معانى هذا الباب في آخر العتق الثاني .

في ولاء العبد يعتقه قرشي وقيسي ، أو مسلم وذمي ، وولاء اللقيط والعبد يعتق من الزكاة ، وجر الولاء وموالى المرأة

قال ابن القاسم في القرشي والقيسي يعتقان عبدًا بينهما : فحريته عليهما ، ويكتب شهادته مولى فلان القرشي وفلان القيسي .

قال ابن المواز : وكذلك في الرجل والمرأة يكتبان فلان وفلانة ، فإن أعتقه رجل وأعتق أباه آخر كتب فلان ابن فلان مولى فلان ، فيذكر مولى نفسه ، فيجمع ذكر النسب والمولى .

ومن « المدونة » : وإذا كان عبد مسلم بين مسلم قرشي وذمي ، فأعتقاه معًا ، فولاء حصة الذمي للمسلمين .

ولو كان العبد نصرانيًا فأعتقاه معًا ثم جنى جناية - م : يريد : تبلغ ثلث ديته أو ثلث دية المجنى عليه - كان نصفها على أهل خراج مولاه الذمى الذين يؤدون معه الجزية ، ونصفها على بيت المال لا على المسلم ، لأن هذا المسلم لا يرثه لأنه نصراني.

ولو أسلم العبد صار وارثًا لما عتق منه ، ويكون عقل النصف الآخر من جنايته على المسلمين ، لأن الذمى انقطعت وراثته من حصته التى أعتقها لإسلام العبد ، فصار حريرة ذلك النصف من بيت مال المسلمين ، كما لهم ميراثه ، ونصفها على قوم القرشى .

م : **وقال بعض فقهائنا** : وعلى هذا العبد الذى أعتقه المسلم والنصراني ما دام نصرانيًا نصف الجزية التى يخرج النصراني في مذهب ابن القاسم .

فصل

قال الله تعالى : ﴿**فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ** .... ﴾[1] الآية .

قال مالك : فاللقيط بهذا حر ، وولاؤه للمسلمين ، وليس له ، والمسلمون يعقلون عند جريرته ويرثونه ، وهذا مذهب أهل المدينة وعمر بن عبد العزيز [ق / ٣٦ / ٣ ب] وجل فقهاء الأمصار .

وقال إسحاق بن راهويه : وولاؤه لملتقطه ، وحجته خبر واثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال : « **تحوز المرأة لقيطها وعتيقها والولد الذى لاعنت عليه** » [ق/ ٣٦ / ٣ أ] ، وبخبر سعيد بن المسيب أن سنين وجد لقيطًا على عهد عمر ، فقال عمر : هو حر ولك ولاؤه وعلينا رضاعه .

وقال أبو حنيفة : يوالى من شاء فيرثه ، ويعقل عنه ورود ذلك عن على بن أبى طالب ، وذلك قوله تعالى : ﴿ **فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ** ﴾[2] ، واللقيط لا يعلم له أب ولا رحم ، فهو مولى للمسلمين ، واللقيط لا يخلو أن يكون حرًا أو عبدًا لغير الملتقط ، وليس التقاطه يوجب ملكا ، فبأى وجه يكون ولاؤه لملتقطه وهو لم يملكه

---

(١) سورة الأحزاب (٥) .

(٢) سورة الأحزاب(٥) .

ولا أعتقه ، وقد قال ﷺ : « **إنما الولاء لمن أعتق** ». وهي حجتنا على أبي حنيفة، لأن من والاه اللقيط ليس بمعتق له ، وأما خبر سنين فسنين مجهول لا يعرف له غير هذا الحديث ، وقد روى عن عمر من طريق صحيح أنه قال : اللقيط حر وولاؤه للمسلمين وعقله علينا ، وكذلك خبر واثلة لم يثبت عند أهل المعرفة بالحديث، ولو ثبت لكان ما أسعده الكتاب ، والقياس أولى بأن يتبع ، ويحتمل أن خبر واثلة منسوخ بقوله ﷺ : « **إنما الولاء لمن أعتق** » .

م : وقال بعض شيوخنا في اللقيط : لا يكتب شهادته أنه مولى المسلمين ، إذ ليس بمولى لهم ، وقد يأتى أحد يثبت أنه ابنه ، وإنما يكتب فلان فقط .

ومن « المدونة »: ومن أنفق عليه لم يرجع عليه بشيء ، لأن النفقة عليه على وجه الحسبة ، إلا أن يكون له مال وهب له ، فيرجع عليه بما أنفق في ماله ،يعنى إذا كان المال الذى وهب له في يديه يوم النفقة عليه وقد علم به المنفق ، وأنفق على أن يرجع عليه ، وفي كتاب أمهات الأولاد إيعاب هذا .

فصل

قال مالك : وتفسير قول الله تعالى : ﴿**وَفِي الرِّقَابِ**﴾ ، هو الرقبة تعتق من الزكاة ، فولاؤها جميع المسلمين .

قال في « الموازية » : وأما من أعتق على كفارة لزمته ، فولاؤها له .

م : قيل : الفرق بين من أعتق عبداً عن زكاته - أن ولاءه للمسلمين - وبين من أعتق عن ظهاره أو يمينه - أن ولاءه له - أن المعتق عن ظهار أو يمين هو أدخل ذلك على نفسه ، فهو كاستحداثه عتق العبد ، والزكاة لله تعالى أوجبها للفقراء والمساكين، فكان ما يعتق بها للمسلمين دونه .

م : واعلم أن العبد المعتق من الزكاة والسائبة يكتب شهادته : فلان مولى المسلمين ، لأنه يصير قد أدخل إياه فى ولاء المسلمين وليس مولى لهم ، وهذا بين.

قال في « المدونة » : ولو تزوج عبد حرة فولدت منه أولاداً ، فعتق العبد من الزكاة يجر ولاء ولده الأحرار للمسلمين ، لأنهم مواليه ، وهم يرثونه ويعقلون عنه.

قال مالك : وكذلك من أسلم فكان ولاؤه للمسلمين ، فتزوج امرأة من العرب أو من الموالى معتقة فولدت أولادا ، فولاء الولد للمسلمين ، فالولد هاهنا تبع للأب.

فإن مات الأب ثم مات ولده فميراثهم للمسلمين .

قال مالك : وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر عليه ولاء ، فإنه يجر ولاء ولده منها إلى مواليه ، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات.

قال في « الموازية » : إذا مات أبوه ورثته أمه وإخوته لأمه ، ترث الأم السدس وإخوته الثلث ، وما بقى لبيت المال إن كانت أمه عربية ، أو لمولاها إن كانت معتقة.

قال في « المدونة » : وإذا تزوجت الحرة عبدًا فولدت منه أولادًا كان ولاء ولده لموالى الأم إن كانت معتقة ، وإن كانت عربية فلبيت مال المسلمين ما دام الأب عبدًا، فإن أعتق الأب جر ولاءهم لمعتقه ، وهذا كولد ينسب إلى موالى أمه فهم يرثونه ويعقلون عنه ، ثم إن اعترف به أبوه حُدَّ ولحق به وصار ولاؤه لموالى أبيه ميراثه لهم وعقله عليهم .

قال سحنون : وقاله جماعة من الصحابة : وإنما يبين العبد من الحرة أباه فعتق عليه ، فإنه يكون ولاء هذا الأب لابنه يجره إلى موالى أمه كما لو اشتراه غير الابن فأعتقه يجر ولاءه إلى مواليه ، فولاء الأب هاهنا وولاء ولده لموالى أم ولده الذى أعتقها .

م : **قيل لمالك في « العتبية »** : إن ناسًا شكوا في ذلك وقالوا : نراه كالسائبة ، فأنكر ذلك .

قال سحنون في كتاب ابنه : وهذا قول جميع أصحابنا إلا ابن دينار فإنه قال : هو كالسائبة ، فولاؤه للمسلمين .

قال بعض فقهائنا عن بعض شيوخنا : ويكتب هذا الولد شهادته : فلان ابن فلان عبد فلان الذى جرت أمه ولاءه لفلان .

وقال غيره من القرويين : إن كتب أن أباه عبدًا وكتب الذى جرت أمه ولاءه ، فأحد الوجهين - يعنى ويجزئه- .

قال : وعندى لو قال : مولى فلان ، دون أن يذكر جر الولاء لما كان عليه شيء.

وإن أعتق الأب فجر ولاءه لقوم آخرين فانتسب إليهم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد حر قد عتق قبل الأب ، لجر ولاءهم إلى معتقه .

م : يريد ما لم يعتق الأب .

قال ابن القاسم في « العتبية » : فإن مات الجد بعد أن جر إلى مواليه ولاء ابنه العبد ثم ولد لابنه ولد آخر بعد موت الجد ، فإن ولاءه لموالى أمه ما دام الأب عبدًا، وولاء الولد الأول لموالى الجد ما لم يعتق الأب أيضًا ، فإذا عتق الأب جر ولده الجميع إلى مواليه .

قال في « الموازية » : ولو مات الجد وزوجة ولده الحر حامل ، لجر ولاء حملها إلى مواليه ما لم يعتق الأب .

قال ابن سحنون : قال ابن الماجشون : وإذا كان الأب والجد عبدين ، وابن الجد حر ، جر ولاء ولد ولده إلى مواليه ما لم يعتق الجد ، فيصير ولاؤهم لمواليهم ما لم يعتق الأب فيرجع ولاؤهم إلى موالى الأب .

قال : ولا يجر أحد من الأقارب الولاء إلا الأب وآباؤه من الذكور ، وما ذكرنا من جر الولاء فقد قاله عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم .

وقال مالك : هو الأمر المجتمع عليه عندنا .

م : وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وروى عن قبيصة بن ذؤيب وعبد الملك بن مروان أن الولاء لا ينتقل إلى موالى الأب ، لأنه قد ثبت لموالى الأم ، وقول مالك أولى لما ثبت في الرواية عن الصحابة والتابعين .

م : ولأن الولاء إنما كان لموالى الأم لعلة كون الأب عبدًا ، لأن العبد لا يرث ، فإذا ارتفعت العلة رجع إليه الولاء .

م : ومعنى رجوع الولاء عندى في هذا إنما هو الميراث ، فأما الولاء فهو للأب

منعقد ، ولكن لا يرثه ولا يعقل عنه هو ولا مواليه لما فيه من الرق كما قال سحنون في النصراني يعتق نصرانيًا فيسلم العبد المعتق ، فيكون ولاؤه لورثة سيده من المسلمين، فإن أسلم السيد رجع إليه ولاء مولاه .

قال سحنون : ومعنى رجوع الولاء إنما [ق/ ٣٧ / ٣ ب] هو الميراث ، وأما الولاء فهو قائم لا ينتقل عنه ، فهذا مثله .

فصل

قال مالك : وللمرأة الحرة ولاء من أعتقت وعقل ما جر مواليها من جريرة على قومها ، وميراثهم إن ماتت هي لولدها الذكور دون الإناث ، فإن لم يكن ولد فذلك لذكور ولد ولدها الذكور دون الإناث .

ابن القاسم : وينتمي مولاها إلى قومها كما كانت تنتمي ، فإذا انقرض [ق/ ٣٧ / ٣ أ] ولدها وولد ولدها رجع ميراث ولدها لعصبتها الذين هم أقعد بها يوم يموت الموالي دون عصبة الولد .

وروى ابن وهب أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام اختصما في موالي أم الزبير - وهي صفية بنت عبد المطلب - فقال علي : أنا عصبتها وأولى الناس بمواليها منك يا زبير .

وقال الزبير : أنا ابنها وأنا أرثها وأولى منك بمواليها يا علي ، فقضى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - للزبير بموالي أمه وبميراثهم ، وهم آل إبراهيم منهم عطاء وسافر بن إبراهيم . وقضى عمر بالعقل على عصبة أمه .

قال ابن شهاب : ثم اختصم الناس فيهم حين هلك ولد المرأة الذكور ، فردوا إلى عصبة أمهم ، ولم يكن عصبة لولد المرأة من ولائهم شيء ، وقضى به إبانُ بن عثمان، وقاله علي وابن شهاب .

وقد تقدم في الباب الأول أن الولاء لا يباع ولا يوهب .

وقال علي وابن مسعود وابن عباس : إن الولاء لحمة كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب .

قال ابن مسعود : أيبيع أحدكم نسبه ؟!

جامع القول في الشهادة على الولاء والنسب

أبو محمد : والولاء والنسب كالحدود لا يجوز في شيء من ذلك شاهد ويمين .

قال مالك : ولا تجوز فيه شهادة النساء على علم أو سماع .

قال مكحول : لا تجوز شهادتهن إلا حيث أجازها الله في الدين .

قال مالك : وما لا يطلع عليه أحد إلا لضرورة في ذلك ، وتجوز الشهادة على الشهادة في الولاء ، وتجوز شهادة رجلين على عدد كثير .

مالك : وإن شهد رجلان على السماع أن هذا الميت مولى فلان أعتقه ، فإن الإمام لا يعجل ، فإن لم يأت له من يسترق ذلك قضى له بالمال مع يمين الطالب ، ولا يجر بذلك الولاء له ولاؤه وولاء ولده بشهادة السماع .

قال في « الموازية » : بعد الثاني ، ورواه وروى عنه ابن القاسم أنه يؤخذ بذلك المال ، ولا يثبت له به ولاء ولا نسب ، وأخذ به أصبغ .

قال محمد : ولا يعجبنا ذلك ، وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى له بالسماع بالولاء والنسب ، وكذلك في الأحباس والصدقات فيما تقدم .

م : **قال بعض المتأخرين** : وجه قوله : إنه يقضى له بالمال دون الولاء ، لاحتمال أن يكون هذا السماع أصله عن واحد ، وشهادة الواحد لا تجوز في النسب ولا في الولاء .

ومن « المدونة » : قال أشهب : وكذلك لو أقر رجل أن فلانًا مولاه ، ثم مات ولم يسأل أمولى عتاقة أو غيره ، رأيته مولاه ويرثه بالولاء ، وقاله ابن القاسم أيضًا.

قال ابن القاسم : وإذا شهد شاهد واحد على السماع ، لم يحلف معه ولم يستحق به من المال شيئًا ، لأن شهادة السماع إنما هي شهادة على شهادة ، ولا تجوز شهادة واحد على شهادة غيره .

قال في « المدونة » و « الموازية » : وأما لو شهد شاهد واحد على البت في الولاء، فإني أقضى له بالمال مع يمينه بعد الثاني ، خوفًا أن يأتى للمال طالب ، ولا يجر بذلك الولاء .

وقال أشهب : لا يستحق المال مع شاهد البت بيمينه في ولاء ولا نسب ، لأن المال لا يستحق حتى يثبت الولاء والنسب ، وثبوتهما لا يتم إلا بشاهدين ، ألا ترى أن مالكًا قال في الأخوين يقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر ، أن المقر له لا يحلف ويثبت مورثه من جميع المال ، لأنه لا يثبت المال إلا بإثبات النسب ، ولكن يعطيه المقر ثلث ما في يديه .

وقال غيره : إنما يستحق في شاهد على البت في الولاء أو شاهدين على السماع أن أقضى له بالمال مع يمينه بعد الاستيناء ، لأن المال ليس له طالب ولا نسب معروف، كما أن إقرار أخ بأخ يوجب له أخذ المال ولا يثبت له نسب .

وقد قال مالك نحو هذا في كتاب الشهادات .

م : **قال بعض فقهائنا** : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن الذى أقام شاهدًا أنه أعتق هذا الميت ، فحلف واستحق ماله على قول ابن القاسم ، ثم يأتى لهذا الميت ولد .

فقال : الرواية ، إن أتى بشاهد آخر استؤنف له الحكم وحلف أنه مولاه ، وأخذ المال خاصة ، وإنما يعنى أن الشاهد شهد أن الثاني مولى الأول .

ولو شهد بما شهد به الشاهد الأول للفق إليه وتمت الشهادة ،ولا يحلف .

قال : ورأيت في بعض التعاليق أن في « الموازية » لأصبغ : إذا شهد شاهد أنه وارث فلان الميت فحلف واستحق ، ثم أن طرأ له مال آخر لا يستحقه إلا بيمين آخر، فجعله يكرر اليمين مع الشاهد .

وأنكر هذا ابن الكاتب ، وقال : لا يمين عليه ، والملك الثاني مثل الأول وقد حلف له ، وهو يستحق بذلك مال هذا الميت .

فصل

ابن القاسم : وإن شهد لرجل أعمامه أن فلانًا الميت مولى أبيه أعتقه ، فإن لم يدع ولدًا ولا موالى وإنما ترك مالاً ، جازت الشهادة لارتفاع التهمة .

وإن ترك ولدًا أو موالى يتهمون بذلك على جر الولاء يومًا ما لقعددهم لم تجز شهادتهم .

وقد قال مالك في ابنيّ عم شهدا لابن عمهما على عتق : إنه إن كانا ممن يتهمان

لقربهما منه في جر الولاء ، لم يجز ذلك .

وإن لم يتهما الآن في جر الولاء لبعدهما منه ، جازت الشهادة ، وإن كان الولاء قد يرجع إليهم يومًا ما .

ابن القاسم : ومن أقام بينة أن هذا الميت مولى له لا يعلمون وارثًا غيره ، لم تتم الشهادة حتى يقولوا : إنه أعتقه ، أو أعتق أباه ، أو يشهدون على إقراره الميت أن هذا مولاه ، أو على شهادة بينة أن هذا مولاه .

وقال أشهب : إن قدر على البينة لم يقض بها حتى يكشفوا عن ذلك ، وإن لم يقدر عليهم حتى ماتوا قضى له بالمال وبالولاء .

م : وقول أشهب هذا لا يخالفه ابن القاسم ، وإنما تكلم ابن القاسم على أنهم حضور يقدر على كشفهم ، فإذا لم يقدر على ذلك لغيبتهم ، جازت الشهادة كنقلهم أو غيرهم ، لأنهم إذا لم يقدر على كشفهم فلا يثبت قولهم إلا بشهادة غيرهم أنهم يشهدون أن هذا مولى ، فقد ثبتت الشهادة بشهادة غيرهم على شهادتهم ، وهذا قد تقدم لابن القاسم في آخر جوابه في المسألة أن الشهادة تتم إذا شهدوا على شهادة بنيه أن هذا مولاه .

وقد قال أشهب : إذا أقر الرجل أن هذا مولاه ثم مات ولم يسأل أمولى عتاقة أو غيرها ، رأيته مولاه يرثه بالولاء ، وقد تقدم مثل هذا في جواب ابن القاسم .

م : وقد كان ذهب بعض أصحابنا إلى قول أشهب خلاف ، ولكن جميع أصحابنا على خلاف وأن ذلك تفسير ، ويؤخذ ذلك من مسألة العارية فيمن اعترى دابة وأقام بينة أنها له .

قال [ق/ ٣٨ / ٣ ب] ابن القاسم : فليسألهم القاضى عن علمهم ، فإن شهدوا أنهم لا يعلمون أنه ما باع ولا وهب قضى له بها بعد يمينه على البت أنه ما باع ولا وهب .

قال : وإن شهدوا أن الدابة له ، ولم يزيدوا على ذلك ، حلف كما ذكرنا ويقضى له بها .

وقال أشهب في « مدونته » : هذا إن لم يقدر على كشف البينة ، وأما إن وقفوا وأبوا أن يزيدوا شيئًا ، فلا شهادة لهم .

وقد اتفقنا أن هذا تفسير لقول ابن القاسم ، فدل أن الشهادة لا تتم إذا حضروا إلا بتمامها [ق/ ٣٨ / ٣ أ] .

في الإقرار والدعوى في الولاء

قال ابن القاسم : ومن أقر أن فلانًا أعتقه ، وفلان يصدقه ، فإنه يستحق بذلك ولاءه وإن كذبه قومه ، إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك فيؤخذ بها .

وكذلك إن قال عند موته : فلان مولاى أعتقنى وهو وارثى ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، فإنه يصدق ويرثه فلان إن لم تقم بينة بخلاف ذلك ، وقاله أشهب .

انظر إلى قول ابن سحنون : والإقرار بالولاء جائز ثابت بإجماع العلماء ، هل هو من الأصل أم لا ؟!

م : أبو إسحاق : واختلف في استلحاق الجد ابن ابنه ، فقيل : لا يلحق ذلك له ، لأن ابنه قد ينكر ذلك ، وهو الصواب ، وهو لسحنون .

وفي « الواضحة » : وقيل يلحق به لأنه يقر بنسب بنوة لحقت به ، فأما الإقرار بالأخوة فلا يتم ، لأنه يلحق هذا المقر بأبيه ، ولكن إن مات ولم يترك وارثًا غير أخيه الذى أقر به أو ابن عمه الذى أقر ، فعند ابن القاسم أنه يرثه ، وعند سحنون أنه لا يرثه ، لأن بيت المال كوارث معروف .

وكما لا يجوز إقراره بابن عم مع أخ معروف النسب ، كذلك لا يجوز إقراره بأخ أو ابن عم مع بيت المال .

قال : وإنما أجاز ذلك من أجازه على قول من رأى أنه له أن يوصى بماله كله إذا لم يكن له وارث ، وانظر إذا أقر أن هذا ابن عمه ثم أقر بعد ذلك أن هذا أخوه فمات ، هل يكون الأخ أولى وإن تقدم إقراره لابن العم ، وكأنه أشبه ، إذ هو كله إقرار لا يثبت به نسب .

وقد قال عبد الملك : إذا قال : هذا مولاى ، وهذا أخى ، في إقرار واحد إن مولاه يرثه دون أخيه .

م : يريد : أن الإقرار بالولاء كالإقرار بالنسب ، فأشبه قيام البينة ، والإقرار بالأخوة لا يثبت به نسب ، فمن ثبت له الولاء أولى ممن لا يثبت له نسب ، وإن كان قد وقع في « المستخرجة » لأصبغ ما ظاهره خلاف هذا أن الأخ مقدم على الولاء

وإن تقدم الإقرار بالولاء .

فقال : النسب أولى من الولاء ، ولعله يريد إذا ثبتا جميعًا .

فأما إذا تقدم إقراره بالولاء فهو كقيام البينة ، لأنه ولاء ثبت ، فإذا أقر بعد ذلك بالأخوة فيجب أن يكون الولاء أولى ، لأنه كقيام البينة ، كما لو قامت بينة على الولاء ثم أقر بأخ فمات لكان الولاء أولى أن يورث به .

ابن سحنون : والإقرار بالولاء جائز ثابت بإجماع العلماء .

وقال أيوب : لا يثبت الإقرار بالولاء إلا عند البصريين .

ابن حبيب: قال ابن الماجشون فيمن أقر بولائه لفلان وله ولد أصاغر وأكابر ، فأنكر ذلك الأكابر ، فإن ولاء المقر وولاء ولده الأصاغر للذى أقر الأب له ، وليس له ولاء الأكابر .

م : انظر ، لم هذا وكان ينبغى أن يكون للمقر له ولاء الأصاغر والأكابر ، لأنه قد ثبت بهذا الإقرار أنه مولى أبيهم ، فهو مولاهم ، إلا أن يقول الأكابر : إن فلانًا أعتقنا نحن ، فيصح في هذا ، إلا أن يكون ولاؤهم لمن أقر له الأب، وقد قدمنا إذا قال الابن : أعتقنى فلان وقال الأب : بل أعتقك فلان ، إن الأب مصدق وولاء الابن لمن قال الأب ، فهذا يرد ما قاله ابن الماجشون .

م : وأنا أستحب في ذلك إذا قال الابن : فلان أعتقنى وهو مولاى .

وقال الأب : بل أعتقك فلان ، إن القول قول الابن المستلحق .

ابن القاسم : ومن أقر أن أباه أعتق هذا العبد في صحته أو مرضه ، والثلث يحمله ، فإن لم يرث الأب غيره، جاز العتق ولزمه ، وكان ولاؤه للأب .

وإن كان معه وارث غيره ، لم يجز قوله .

قال ربيعة : لأنه داعية إلى عتق النصيب بغير تقويم ، ولو شهد معه غيره جاز ذلك على الورثة ، وهذا في كتاب العتق مذكور .

ابن القاسم : وإذا أعتقت أمة وهي تحت حر ، فولدت ولدًا ، وقالت : عتقت وأنا به حامل ، وقال الزوج : بل حملت به بعد العتق ، فولاؤه لمولاى ، فالقول قول الزوج .

[قال أشهب : ولو أقر الزوج] بقولها لم تصدق ، إلا أن تكون بينة الحمل يوم العتق ، أو تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم العتق .

قال في « الموازية » : لأن الظاهر أنها ولدته وهي حرة والشك في أن تكون حامل يوم العتق .

ابن المواز: [ ] أحقهم بالولاء [ ] لأنه يجره ممن كان له إلى مواليه ، فلا يزول عنه بشك .

قال مالك : ولا يمنع زوجها عن وطئها إذا أعتقت لاختبار الحمل .

م : لأن الوطء حر ، فلا يمنع منه لأمر يكون أو لا يكون .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ومن ادعى أنه ابن فلان أو أبوه أو مولاه من فوق أو من أسفل وفلان يجحد فله إيقاع البينة عليه ويقضى له .

وكذلك في الأمهات والأخوات .

ومن مات وترك ابنتين فادعى رجل أنه أعتق هذا الميت وأنه مولاه ، وأنكرت البنتان ، لم يكن مولى إلا أن يقيم بينة على ذلك ، وإن صدقته إحدى البنات لم يأخذ مما في يديها شيئًا ، ولا شيء له من المال ،لأنها إنما أقرت له في غير مصابتها، ولا يثبت له ولاء، فإذا ماتت ولم تدع وارثًا غيره ولا عصبة ، فإنه يحلف ويرثها .

قال ابن المواز : بعد الثاني ، واليمين في ذلك خفيف .

ابن القاسم : ولو أقرت البنتان أنه مولى أبيها وهما عدلتان ، حلف معهما وورث الثلث الباقي إن لم يأت أحد بأحق من ذلك من ولاء ولا عصمة ولا نسب معروف ، ولا يستحق بذلك الولاء .

م : كأنه رأى أنهما شهدتا له بالمال وهو الثلث الباقي ، فيحلف مع شهادتهما لأنهما كرجل ، ويستحق ذلك الثلث ولا يستحق الولاء .

قال غيره : لا يحلف مع إقرارهما ، ولا يرث الثلث الباقي ، لأنهما شهدتا على العتق وشهادتهما في العتق لا تجوز ، ولو أقرتا أنه مولاهما ورثهما إذا لم يعرف باطل قولهما ، كمن أقر أن فلانًا مولاه ولا يعرف كذبه ، فهو مولاه .

ومن قال : فلان مولاى أعتقنى وأنكر فلان ذلك ، فلا يمين عليه .

قلت : فإن أقام شاهداً أتحلفه ، فإن نكل سجنته ؟

قال : لا ، ولكن يقال لهذا : ائت بشاهد آخر وإلا فلا ولاء له عليك .

محمد : ولا يحلف .

قال ابن القاسم : والرجلان يدعى كل واحد منهما أنه مولى فلان من فوق ، وفلان مقر بأحدهما ، وأقاما البينة ، إنه يقضى بأعدلهما بينة ، ولا ينظر إلى إقرار المولى لأحدهما .

وإن تكافأت [ق / ٣٩ / ٣ ب] البينتان سقطتا ، وكان الولاء للمقر له منهما.

وقد قال مالك : إذا تكافأت البينتان والحق في يد أحدهما ، فإقرار هذا بمنزلة من في يديه الحق .

قال : ومن ورث رجلاً بولاء يدعيه ، ثم أقام آخر البينة أنه مولاه ، وأقام قابض الميراث مثله وتكافأت ، فالمال بينهما .

قيل له : لم وقد قال مالك : إن تكافأت البينتان فالمال لمن هو في يديه ؟

قال إنما قال ذلك إذا لم يعرف أصل المال ، وهذا مال قد عرف أصله .

م : أبو محمد : وهو بخلاف حق حازه أحدهما ، لأن الولاء الذى يدعياه لم يحزه ، وإنما حاز مالاً قد علم أصله .

وقال غيره : المال لمن هو في يديه ، [كمن في يديه][1] ثوب فادعاه رجل وأقام البينة أن ذلك الثوب كان لزيد يملكه ، وأن المدعى اشتراه منه وأقام حائزه بينة مثلها وقد مات البائع ، ولم تؤرخ البنتان ، وهما في العدالة سواء ، فإنها تسقط ويبقى الثوب لحائزه ويتحالفان .

م : قوله : [ق/ ٣٩ / ٣ أ] يتحالفان ، إنما يريد : يحلف الحائز أولاً ، فإن نكل حلف الآخر واستحق الثوب ، فإن نكل فلا شيء له .

م : وهذه المسألة لا يخالفه فيها ابن القاسم ، وقاله في كتاب الشفعة في الدار بين رجلين يقيم كل واحد منهما بينة أنه ابتاعها من فلان .

---

(١) سقط من أ .

م : والفرق عنده بينهما وبين مسألة الولاء ، أن الولاء الذى تداعياه لم يحزه ، وإنما حاز مالاً قد عرف أصله كما قال أبو محمد ،والثوب الذى تداعياه في هذه المسألة قد حازه أحدهما ، فلا يخرج من يده إلا بأمر هو أقوى مما احتج به صاحبه .

في ميراث الولاء بالعقود وما يرث النساء من الولاء ودور الولاء

وقضت الأئمة من الصحابة والتابعين أن الأقرب من المعتق من عصبته أحق بالولاء من ورثته من حازه بعد بميراث .

وقد قال مالك : ومن مات وترك موالى ورث ولاءهم أقعد الناس بالميت من الذكور، فإن ترك ابنين ، ورثا ولاء مواليه ، ثم إن مات أحدهما وترك ولدًا ذكرًا ، فولاء المولى لابن الحى دون ولد أخيه .

م : لأنه ابن المعتق ، وابن الأخ ابن ابنه ، فابنه أولى من ابن ابنه .

قال : وإن مات الابنان جميعًا وترك أحدهما ابنًا والآخر أربعة بنين ، كان الولاء بينهم أخماسًا .

ابن وهب : وقاله سعيد بن المسيب وأبو الزناد ، وإن أبان بن عثمان وأخاه عمرو ورثا ولاء موالى عثمان بن عفان بالشراء ، ثم توفى عمر فخلص الولاء ،ثم توفى أبان فرجع الولاء لبنى أبان وبنى عمرو بالسواء وكانوا فيه شرعًا سواء ، وقال ابن عمر مثله .

م : والأصل في هذا أن ينظر يوم يموت المولى ، فمن كان أقرب إلى المعتق ، فهو أحق بميراث مولاه .

كالحكم في حيازة النسب [ ] رجلاً مات وترك ولدين وابن عم أو أخًا، فميراث ابن عم أو الأخ إن مات الآن ولد الميت أولى ، فإن لم يمت ابن العم أو الأخ حتى مات أحد الولدين وترك ولدًا ثم مات ابن العم أو الأخ ، فميراثه للابن الحى دون ابن أخيه ،فإنما ينظر إلى الأقرب بالميت يوم يموت فهو أحق بميراثه دون ورثة من كان أقرب منه أو مات قبل موت هذا الموروث من مولى أو قريب .

م : ولو أن أخوين كاتبا عبدًا ، فأدى كتابته وعتق ، ثم مات أحدهما وترك أولادًا ذكورًا ، ثم مات المعتق ولم يترك من يرثه بنسب ، فماله بين الأخ وبين ولد أخيه نصفين ، لأنهم يرثون سهم أبيهم .

م : ولأن ولاء كل نصف لمعتقه لا ولاء للآخر فيه ، فهو بخلاف مولى أبيهم ، لأن كل واحد من الولد هو مولاه ، ولو كان إنما كاتبه أبوهم ، ثم مات الأب ، ثم مات أحد ولديه وترك أولادًا ، ثم مات المكاتب قبل أداء الكتابة ، لكان ما ترك بين الأب الحى وبين بنى أخيه نصفين ، لأنهم هاهنا إنما يرثون بالرق ، لأن الجد الذى كاتبه مات وترك مكاتبًا ، والمكاتب عبد فهو عبد لولديه ، فإن مات أحد ولديه فنصيبه من المكاتب ثابت إن مات قبل الأداء فورثته أحق بميراث نصيبه من أخيه ، ويرث منه بناته مع إخوتهن .

ولو كان المكاتب قد أدى كتابته في حياة الجد أو بعد موته ، ثم مات بعد عتقه ، فإن ما ترك هاهنا لابن مولاه الأعلى دون بنى ابنه الذى مات .

ولو مات الابن الثاني قبله ثم مات المولى ، لورثه بنو الابن الذكور دون الإناث، لأنه هاهنا موروث بالولاء ، وقبل الأداء موروث بالرق ، فافترقا .

وأكثر هذا وأصله من « الموازية » وهو بين فاعرفه .

ومن « المدونة » : قال مالك : والابن وابن الابن أولى بالولاء من الأب ، ولا يرث مع أحدهما سدسًا ولا غيره بخلاف .

م : وقال شريح والنخعي والأوزاعي : إن للأب السدس وما بقى فللابن .

وكذلك إن كان مكان الأب الجد ، فله السدس عندهم كالنسب ، والصواب وما ذهب إليه هو الصواب وهو قول على وزيد وابن المسيب وعطاء والزهرى .

م : والحجة في ذلك أن الولاء إنما يرثه العصبة لا أصحاب الفرائض المسماة ، ألا ترى أن النساء لا يرثن من ولاء ما أعتق غيرهن ، لأنهن أهل فرائض مسماة .

وكذلك الزوج والزوجة لا يرثان من الولاء شيئًا لأنهما من ذوى السهام ، والأب له حالان : حال يكون فيها من ذوى السهام ، فلا يرث فيها من الولاء شيئًا ، وهو مع الولد الذكر أو ولد الولد .

وحال يكون مع العصبة ،وهو أن ينفرد بالميراث ، أو يكون مع من لا يستكمله، كالبنت والزوج والزوجة فيرث الولاء ، لأنه يرث في ذلك بالتعصيب مع أن قولنا هو قول جمهور العلماء .

ومن « المدونة » : قال مالك : والأب أولى من الأخ .

قال غيره : والإجماع على ذلك .

مالك : والأخ وابن الأخ أولى من الجد .

وقيل : الجد أولى من الأخ .

وقيل : المال بينهما نصفين .

م : فوجه قول مالك وبه قال الشافعي ، أن الأخ يلتقي مع الميت المعتق في صلب أبيه ، وكذلك عنده ابن الأخ وإن سفل فالأب يجمعهم ، ويلتقي مع الجد في صلب أبي الجد فمن يلتقي معه في صلب أبي جده .

ووجه من قال : إن الجد أولى ، أن الجد أب ، ولأنه يحرم عليه ما نكح ابن الابن بقوله تعالى : ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً﴾ الآية[1] ، كالأب .

ووجه من قسم الميراث بينهما نصفين اعتباراً بميراث النسب .

ابن المواز : والجد أولى من العم .

م : ولأن العم إنما يدلي بقرابة أبيه وهو الجد ، فلا شيء له مع من يدلي بقرابته .

ومن « المدونة » : قال مالك : والأخ الشقيق أولى من الأخ للأب ، والأخ للأب أولى من ابن الأخ الشقيق وابن الأخ الشقيق أولى من ابن الأخ للأب ، وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن أخ شقيق ، والعم الشقيق أولى من العم للأب وابنه ، وابنه أولى من ابن العم للأب .

م : هكذا أبداً إذا استوت الطبقة ، فالشقيق أولى ، وإن اختلفت فالأعلى أولى .

م : والحجة في ذلك ما روى عن عمر وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد أنهم قالوا : الولاء للأكبر ، والأكبر أقرب العصبة للعتق .

وروى ابن القاضى ابن هشام ترك ثلاثة بنين ، ابنان [ق / ٤٠ / ٣ ب] شقيقان ، والآخر لعله - يعنى لأم أخرى - ثم هلك أحد الشقيقين ، وترك موالى ، فورث أخوه شقيقه ماله وولاء مواليه ، ثم هلك الوارث وترك ابناً له وأخاه لأبيه ، فقال ابنه : قد كنت أحرزت ما كان أحرزه أبى من المال بالولاء ، وقال أخو الميت :

---

(١) سورة النساء (٢٣) .

ليس هو لك ، إنما أحرزت المال والولاء لي ، فاختصم إلى عثمان بن عفان ، فقضى لأخي الميت بالولاء دون الميت .

وروى أن عليًا وزيدًا قالا في رجل ترك أخاه شقيقه وأخاه لأبيه ، وترك مولى من أسفل : إن المولى للأخ الشقيق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو أعتقت امرأة عبدًا ثم ماتت وتركت ولدًا ذكرًا، ثم مات ولدها هذا وترك أخاه لأبيه ، ثم مات المولى ، فميراثه لعصبة المرأة التي أعتقته دون أخي ولدها لأبيه ، وكذلك لو ترك الولد خاله وعمه ، لورث الولاء خاله دون عمه ، لأن خاله عصبة أمه المعتقة .

م : لأن خاله أخا المعتقة ، وعمه أخو زوجها لو كان حيًا [ق/ ٤٠ / ٣ أ] لم يرث مولاها ، فكيف بأخيه ؟!

قال مالك : هكذا حكم الولاء أن يرثه الأقعد بالميت المعتق دون ورثة من حازه بعده على ما ذكرنا ، ولا يرث الأخ للأم من الولاء شيئًا وإن لم يترك الميت غيره ، والعصبة أحق منه ، إلا أن يكون هذا الأخ للأم من العصبة فيرث معهم .

م : مثل أن يترك الهالك ابن عم ومولاه أحدهما أخ لأم ، فيكون الميراث بينهما نصفين ببنوة العم ، وتسقط ولادة الأم .

ابن المواز : وقال أشهب : بل يكون الأخ للأم أولى بالولاء ، لأنه أقعده بالرحم، كما لو ترك الهالك أخًا شقيقًا وأخًا لأب ، فإن الميراث للأخ الشقيق .

وكما لو ترك ابن عم شقيق وابن عم للأب ، لكان الشقيق أولى بالولى والميراث.

م : وهذا أقيس .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أعتق رجلان عبدًا بينهما ،فمات أحدهما وترك عصبة أو بنين ، ثم مات المولى ، كان نصف ميراثه للحى ونصف لورثة الميت الذكور .

قال سليمان بن يسار وغيره : لا يرث الرجل ولاء موالى امرأته ، ولا المرأة ولاء موالى زوجها.

فصل

قال سحنون : أجمع المسلمون أن النساء لا يرثن من الولاء إلا ما أعتقن ، أو أعتق من أعتق ، أو ولد من أعتقن وإن سفل من ولد الذكور خاصة ، كان ذلك الولد ذكرًا أو أنثى .

قال غيره : وقال النبي ﷺ : « **لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو ولد من أعتقن** »[1] ، وقد ورث النبي ﷺ بالولاء ابنة حمزة من مولاها ، وورث ابنته النصف ومولاته ما بقي وهو النصف .

قال ابن القاسم : فمن مات وترك بنات لصلبه وابن ابن أو عصبة ، وترك موالى كان ولاؤهم لبنى الابن أو للعصبة دون البنات ، وكان ابن عمر يرث موالى عمر دون بنات عمر .

مالك : ولا يرث أحد من النساء ولاء من أعتق أب لهن أو أم أو أخ أو ابن ، والعصبة أولى بالميراث منهن ، فإن مات مولى لأب لهن أو لأخ ولم يدع وارثًا ولا عصبة لمولاه ، فميراثه لبيت مال المسلمين دونهن .

قال مالك : ومولى النعمة أحق بميراث الميت من عمة الميت وخالته ، ولو انفردتا لم يرثا عند مالك ، ويكون ما ترك الميت للعصبة ، فإن لم يكن له عصبة فبيت المال.

ابن القاسم : وإذا أعتقت امرأة امرأة ، فتزوجت المعتقة فولدت منه ، فلاعنها ونفاه عن نفسه ، كان ميراث هذا الولد بعد فرض الأم للمرأة التى أعتقت أمه .

وكذلك لو ولدت هذه المعتقة من الزنا لورثته مولاة أمه .

فصل

قال مالك : وإن اشترت امرأة أباها فأعتق عليها ، ثم مات ولم يدع وارثًا غيرها، ورثت جميع المال ، النصف بالنسب والنصف بالولاء ، ولو كان الأب بعد عتقه اشترى ابنًا له فعتق عليه ، ثم مات الابن ورثه الابن والابنة بالنسب ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، ثم إن مات الابن ورثته أخته ، النصف بالنسب والنصف بالولاء؛

---

(١) تقدم.

لأن الابن مولى أبيه ، والأب مولى لها ، وهي ترث بالولاء من أعتقت أو أعتق من أعتقت .

ابن المواز : قال ابن الماجشون : قال مالك في ابن وابنة اشتريا أباهما ، فعتق عليهما ثم أعتق الأب عبداً ، ثم مات الأب ثم مات مولاه ، فميراث الأب بينهما على الثلث والثلثين ، وميراث الولاء للابن وحده ، وكذلك لو كانت البنت هي المعتقة للأب كله لأنه إنما يورث بالولاء إذا عدم الميراث بالنسب ، فولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه ، وكما لو أن هذا الابن وأجنبيًا معه اشتريا الأب فأعتقاه ، ثم مات الأب عن موالى أعتقهم ، فمن مات من الموالى كان ميراثه للابن وحده دون الأجنبى ، إذ لا يورث بالولاء ما دام نسب .

قال : ولو أن الابن والابنة اللذين أعتقا أباهما مات الابن أولاً فورثه أبوه ، ثم مات الأب عن موالى أعتقهم ، فللبنت من ميراث أبيها النصف بالرحم ونصف النصف الباقي بالولاء ، لأنها أعتقت من الأب نصف نصف ، والنصف الباقي - وهو الربع - [ ] ولموالى أبيه ، وموالى أبيه هو وأخته ، فلها نصف ذلك الربع ، فيصير لها سبعة أثمان ما ترك أبوهما [ ] يكون لموالى أم أخيها إن ماتت أمه معتقة .

وإن كانت عربية فلبيت مال المسلمين ، ثم إن مات موالى أبيها فلها من ميراثه النصف ، والنصف الباقي لأخيها ، فهو لموالى أبيه ، وموالى أبيه وهو وأخته فلها نصفه ، فيصير لها ثلاثة أرباع ميراث المولى ، يريد : ويكون لموالى أم أخيها الربع .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو أن ابنتين اشتريا أباهما فعتق عليهما ، ثم مات ورثتا منه الثلثين بالنسب والثلث بالولاء إذ لم يكن له وارث غيرهما .

قال في كتاب ابن سحنون ، وهو في « العتبية » لابن وهب ، وفي « الواضحة» لأصبغ وابن الماجشون ، قالوا : ثم إن ماتت إحداهما ولا وارث لها غير أختها ، فلها منها النصف بالرحم ونصف النصف بالولاء فقط بما جر إليها الأب والربع الباقي لموالى أم أختها .

وفي رواية ابن حبيب عن ابن القاسم : إنها تأخذ سبعة أثمان ما تركت ، النصف بالرحم ، والربع بشركة الولاء ، والثمن بجر الولاء إليها .

قال ابن الماجشون : وهذا غلط .

قال في « الموازية » : فإن ماتت الثانية ولا وارث لها فنصف ميراثها لموالى أمها، والنصف لموالى أم أختها ، فإن كانت الأم واحدة فكله لموالى أمها .

قالوا في هذه الكتب : ولو ماتت إحداهما أولاً ثم مات الأب وترك الثانية ، فلها سبعة أثمان تراثه ، فالنصف لها بالرحم والنصف الباقي لها نصفه بما أعتقت من أبيها ، ولأختها نصفه ، فيكون لموالى أبيها ، وموالى أبيها [ق/ ٤١ / ٣ ب] هي أختها فتأخذ نصفه ، فيصير لها سبعة أثمان المال ويبقى ثمن موالى أم الميتة ، وإن كانت عربية فلبيت مال المسلمين . وهذا الباب يتسع فيه القول ، وأنا أذكره إن شاء الله في كتاب أفردته إذ كان يستفتى الفقيه عن الاتساع فيها .

م : وأنا أذكر في هذا الباب أصلاً يعتمد عليه ، ويسهل عمل مثل هذه المسائل به ، وهو أن يقسم ما تركه الميت أولاً لمن يرثه بالنسب ،فإن استكملوه فرغت المسألة.

وإن لم يستكملوه مثل أن يترك الميت بنات أو أخوات فيورث منه أولاً بالنسب ، ثم تقول : وما بقى لمواليه ، فإن كانوا أحياء أخذوه ، وفرغت المسألة .

وإن كان مواليه ابنتين ، وإحداهما ميتة أخذت الحية نصيبها ، وما بقى لموالى أبى الميتة ، فتجره الحية ، والميتة ، فتأخذ الحية نصيبها من ذلك ، ونصيب الميتة يكون لموالى أمها ، هكذا تصنع أبدًا .

تجعل القيمة على أربع رتب ، فالأولى للنسب ، وما بقى لمواليه ، وما بقى لموالى أبى الوارث ، وما بقى لموالى أمه [ق/ ٤١ / ٣ أ].

جامع القول في المواريث ، وذكر الميراث بالشك والتداعى ، والشهادة في ذلك، وميراث ابن الملاعنة ، والمرتد ، والمسلم للنصراني ، وذكر الإقرار بوارث

قال مالك : لا يرث أحد إلا بنسب قرابة أو مولى عتاقة .

قال : وإذا ماتت امرأة ، وتركت زوجها وأمها ، وأختًا شقيقة ، أو لأب أو جد، أو عن الغراء فلزوجها النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس ، ويربا للأخت بالنصف ، أصلها من ستة ، تعول إلى سبعة ، ثم يضم الجد سهمه ، وذلك

واحد ، أي يصيب الأخت ، وذلك ثلاثة ، فتكون أربعًا ، فيقتسمون ذلك على ثلاثة ، للجد سهمان ، وللأخت سهم ، بأربعة لا تنقسم على ثلاثة ، ولا توافقها بشيء ، فبضرب ثلاثة في أصل الفريضة بالعول ، وذلك تسعة ، فتكون سبعة وعشرين ، فللزوج ثلاثة من تسعة ، فاضربها له فيما ضربت فيه الفريضة ، وذلك ثلاثة في ثلاثة بتسعة وللأم اثنان في ثلاثة بستة ، وللجد والأخت أربعة في ثلاثة باثنى عشر للجد ثلثاها ثمانية ، وللأخت أربعة .

م : وهذا تفسيرها على مذهب زيد ، وبه أخذ مالك .

وأما عليّ بن أبي طالب فيقسمها من تسعة ، ولا يخلط سهم الجد مع نصيب الأخت .

وقال ابن مسعود : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وللأخت النصف تبلغ ثمانية .

وإنما أعطى الأم السدس لأنه كان لا يفضل لها على جد .

م : وقال بعض أهل الفرائض : وإنما سميت الغراء لأن الجد أغرى بسهمه على نصيب الأخت ، فشاركها فيه .

وقال غيره : إنما سميت بذلك لأنه لا يربى في مسائل الجد على مذهب زيد إلا فيها ، فسميت الغراء لانفرادها كغرة الفرس .

قال ابن حبيب : وتسمى الأكدرية ، وإنما سميت الأكدرية لأن عبد الملك بن مروان صرفها على رجل يقال له : الأكدر ، كان يحبس الفرائض فأخطأ فيها .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو تركت الهالكة [ ] لم تكن غراء ، لأن الأم ترجع إلى السدس ، فيعطى للأخوات السدس ، فلا يربى لهن بشيء ، وتصح المسألة من اثنى عشر لانكسار السدس على الأختين .

م : وعلى قول عليّ وابن مسعود يكون للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وللأختين الثلثان ، أصلها من ستة تبلغ تسعة .

فصل

قال مالك : وكل بلد افتتح عنوة ، فأقر أهلها فيها ، ثم أسلموا ، فشهد بعضهم

لبعض ، فإنهم يتوارثون بأنسابهم التـى كانت في الجاهلية ، وهم على تلك الأنساب التى كانوا عليها ، كما كانت العرب حين أسلمت تتوارث بأنسابها .

وكذلك الحصن يفتح ، وشبهه بخـلاف العدد القليل يتحملون إلينا ، فهؤلاء لا تقبل شهادة بعضهم لبـعض ، إلا أن يشهد سواهم من المسلمين من تجار ، أو أسارى كانوا عندهم ، فيتوارثون بذلك .

وقد أبى عـمر بن الخطاب أن يورث أحد من الأعـاجم إلا من ولد في العرب ، وقاله عمر بن عبد العزيز وغيره .

م : يريد إلا أن يثبت أن بعضهم ورثة لبعض ، فيرثونهم كما فسرنا .

ابن القاسم في « العتبية » : والعشرون عدد كثير ، وأباه سحنون .

قال ربيعة : ولو قدمت إلينا امرأة حامل فولدت عندنا لورثها ولدها ، ومن قدمه بها فهو معتبر .

وإن جاءت بغـلام مفصـول ، وادعت أنه ولدها ، فإنه لا يلحق بها في مـيراث ولا يحاد من افترى عليه بها .

قال مالك في كـتاب أمهات الأولاد : وتوأم المتحملة والملاعنة يتوارثان من قبل الأب والأم .

وأما توأم المغتصبة ، والزانية ، فيتوارثان بالأم خاصة .

قال في كـتاب الولاء : ومن مات من [ ] وغـيرها لم يرثه إلا عصبـته دينًا ممن يحصى ويعرف ، وإن التـقوا إلى أب جاهلى بعد عشرة آباء أو أكـثر ، لأن ذلك أمر معروف .

وذلك إذا كان هؤلاء الذيـن يلتقون مـعه إلى الجد يحـصون ، ويعـرفون ، ولا أورث القبيلة ، إذ لا يعرف عددهم ، ولا من يسـتحقه منهم ، ولا كم يجب لمن قام بطلب ذلك منهم من جملة المال .

وفي « الموازية » بأثر كـلام أشهب : ولا أرى ميـراثه للمسلمين إن لـم يعرف له وارث كان له وارث بـعينه لابد ، ولكن يوقف حـتى يعرف بعـينه ، أو يؤس منه ، فيتصدق به عن صاحبه الذى كان يستحقه للفقراء أو المساكين ، ولا يكون فيئًا .

وقال إسماعيل القاضى : يجعل في بيت المال .

وقال ابن الكاتب : كلام إسماعيل أصح لأنه يلزم على ما قاله أشهب إن مات وترك موالى ، أن الموالى لا يرثونه ، لأنه لا يخلو أن يكون له وارث من نسبة والنسب أولاً .

فصل

قال مالك : ولا يرث أحد أحدًا إلا بيقين .

قال ابن القاسم : وإذا ماتت امرأة وابنها ، فقال زوجها ، وهو أبو الولد : ماتت قبله وقال أخو المرأة : ماتت بعده .

فإن لم يعلم أولهما موتًا لم ترث المرأة الولد ، ولا الولد المرأة ، وورث كل واحد منهما أحياء ورثته .

قال : ولا يرث الموتى بعضهم من بعض إذا لم يعرف أولهما موتًا .

قال : وإذا أعتقت أمة تحت حر ، فمات زوجها فقالت : عتقت قبل موته ، وكذلك قال سيدها . وقال ورثة الزوج. بل عتقت بعد موته فلا ترث منه شيئًا ، لأنه ميراث بالشك ، ولا يرث أحد إلا بيقين .

قال : وإذا مات المولى ومعتقه ، وجهل أولهما موتًا لم يتوارثا ، وميراث المولى الأسفل لأقرب الناس من سيده من الذكور ، ولا يرث المولى الأسفل المولى الأعلى على حال علم الموت ، أو جهل .

وإذا مات المتوارثان بغرق أو هدم ، ولا يدرى أولهما موتًا ، فلا يتوارثان ، ويرث كل واحد ورثته إلا هنا .

قال مالك : وسمعت ربيعة وغيره ممن أدركت من أهل العلم يقولون : لم يتوارث من قتل يوم الجمل ، وأهل [ق/ ٤٢ / ٣ ب] الحرة ، وأهل صفين ، وأهل قديد ، فلم يورث بعضهم من بعض لأنهم لم يدروا من قتل قبل صاحبه .

م : قال ابن شفاعة : روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه قال : أمرنى أبو بكر الصديق حين قتل أهل اليمامة أن أورث الأحياء من الأموات ، ولا أورث بعض الأموات من بعض ، وقاله زيد بن ثابت .

قال خارجة : وقسمت ميراث أهل الحرة فورثت الحى من الميت ، وأصحاب

النبي ﷺ متواجدون ، فلم ينكر أحد منهم ذلك عليّ .

قال ابن اللباد : وروى عن عليّ بن أبي طالب - رضي الله عنه - وغيره أنه ورث بعضهم من بعض من أموالهم ولم يورث ميتًا مما خرج من يده لصاحبه ويرث ذلك أحياء ورثته .

م : وبيان ذلك : ويتركان أخًا لهما وأمًا ، فأما على قول الجماعة فللأم الثلث مما تركه كل واحد منهما ، وما بقى لأخيهما الحى ، وعلى قول عليّ يحيى أحدهما ويموت الآخر فيكون لأمه السدس ، وما بقى للأخوين فتصح [ق/ ٤٢ / ٣ أ] فريضته من اثنى عشر ، للأم اثنان ولكل أخ خمسة ، فتوقف خمسة الميت ، ثم يمات الذى أوقفت له خمسة ، ويحيى الآخر ، فتصح فريضته أيضًا من اثنى عشر للأم اثنان ، وللحى خمسة ، وللميت خمسة ، فيصير في يد الأم اثنان من تركة كل واحد ، وفي يد الأخ خمسة من تركة كل واحد من الميتين خمسة من تركة صاحبه ثم يماتان جميعًا ميتة واحدة ، فيكونان قد تركا أمًا وأخًا ، فللأم الثلث ، وللأخ ما بقى، وفي يد كل واحد خمسة ، لا تنقسم على ثلاثة ، فتضرب الاثنى عشر التى كانت فريضة كل واحد في ثلاثة ستة وثلاثين ، ففي يد الأم اثنان من تركة كل واحد في ثلاثة بستة ، ومن يد الحى من تركة كل واحد خمسة في ثلاثة بخمسة عشر ، وفي يد كل واحد من الميتين خمسة في ثلاثة بخمسة عشر أيضًا فلأمه ثلثها خمسة ، ولأخيه الحى ما بقى عشرة ، فجميع ما يصير للأم اثنان وعشرون من اثنين وسبعين ، وللأخ الحي خمسين .

م : والحجة في ذلك أنا قد تبينا أن الحى وارثه اليوم ، وشككنا في الميت ، هل هو وارثه ، فالموقف بميراثه أولى وإذ قد يمكن أن يكون ماتا جميعًا معًا ، فإن نحن ورثنا بعضهم من بعض فقد ورثنا من لا ميراث له ، ومنعنا من له ميراث .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن مات وترك ولدين مسلمًا ونصرانيًا ، كلاهما يدعى أن الأب مات على دينه ، فأقاما على ذلك بينة بدعواهما ، وتكافأ في العدالة ، أو لم تكن لهما بينة ، فالمال يقسم بينهما كما تداعياه .

وإن كان قد صلى هذا المسلم على أبيه ودفنه في مقبرة المسلمين ، فليست الصلاة

بشهادة ، ولو لم تكن بينة ، وكان يعرف بالنصرانية ، فهو على ذلك ، وابنه النصراني أحق بميراثه ، متى يثبت أنه مات مسلمًا .

قال غيره : إلا أن يقيما جميعًا البينة ، وتتكافآ ، فأقضى بالمال للمسلم .

قال في كتاب الشهادات : بعد أن يحلف على دعوى النصراني .

م : **قال بعض شيوخنا** : إذا دفن في مقابر المسلمين ، وصلى عليه ، والكافر حاضر لا ينكر ذلك قطعًا لدعواه .

وكذلك لو مضى به إلى مقبرة المشركين ودفن فيها ، والمسلم حاضر ، ولا ينكر كان ذلك قطعًا لدعواه وذلك منصوص للمتقدمين .

قال بعض فقهائنا : ولو شهدت إحدى ابنتين إنما رأيناه يصلى في المسجد ، وقالت الأخرى : إنما رأيناه يؤدى الجزية ، فإن لم يؤرخا قضى بالمال للمسلم ، لأنا نقول : يمكن أن يكون كافرًا وأسلم ، فيكون المال للمسلم خاصة في هذا الموضع ، ويمكن أن يكون ارتد بعد إسلامه ، فلا شيء للمسلم ، ولا للكافر ، فحصل الكافر في الوجهين لا شيء له ، والمسلم تارة له ، وتارة لا يكون له ، فجعلناه للمسلم إذ لا منازع له .

م : ويحتمل أن يكون له النصف ، وللمسلم النصف ، لأن المال تارة يكون له، وتارة للمسلم ، فوجب قسمته على ذلك .

وقال إسماعيل القاضي في كتابه « المبسوط » : يشبه أن يكون ابن القاسم أراد بتكافؤ ابنتين أن تشهد بينة المسلم أن أباه لم يزل مسلمًا حتى توفى ، وتشهد بينة النصراني أن أباه لم يزل نصرانيًا حتى توفى ، وكان الأب لا يعرف حاله ، هل هو على الإسلام ، أو على النصرانية .

فإن كان هكذا ، فإن الشهادتين قد دفعت إحداهما الأخرى ، وكانا كمن لا يشهدا .

وأما إن شهدت بينة المسلم أن أباه كان نصرانيًا فأسلم ، وشهدت بينة النصراني أن أباه لم يزل نصرانيًا حتى مات ، فإن البينة بينة المسلم ، لأنها قد أثبتت أن إسلام الميت قد حدث بعد أن كان نصرانيًا ، وبينة النصراني تزعم أنه لم يسلم ، والشهادة شهادة من أثبتت أن شيئًا قد كان ، ولا يلتفت إلى من شهد أن ذلك لم يكن إذا كان

يمكن أن يكون أسلم ، ولم يعلموا .

م : ولو ترك معها ولدًا صغيرًا لا يعقل ، ولم يقيما بينة ، فليعط الصغير نصف المال ، ويأخذ كل واحد منهما ربعًا ربعًا لأن كل واحد منهما يدعى أن المال بينه وبين الصغير ، ولا شيء للآخر فيه ، وأنه لا يستحق منه شيئًا إلا وللصغير مثله ، فوجب على كل واحد أن يعطيه نصف ما يصح له ، ولم يكن للصغير فيصير له نصف المال.

وكذلك لو كان مع الكبير ثالث ، كأن يدعى أن أباه مات على دينه ، فليقتسموا المال بينهما أثلاثًا .

فإن كان معهم أخ صغير فليعطه كل واحد منهم نصف ما بيده ، فيصح له نصف المال والكبار سدسًا سدسًا ، لأن كل واحد يدعى نصف المال ، ونصفه للصغير فقد سلموا للصغير نصفه ، وتداعوا في النصف الباقي ، فيقسم بينهم أثلاثًا .

قال أصبغ : ويجبر الصبى على الإسلام .

قال سحنون : وإن مات الصبى قبل البلوغ عن مال حلفوا ، واقتسموا ماله .

م : أبو إسحاق : ولو كانت معها أخت صغيرة لم تكن إلا مسلمة ، وأعطاها المسلم ثلث ما في يديها [ ] ما صار بيد أخى [ ] أنا وأختى .

وكذلك النصراني يعطيها أيضًا ثلث ما في يديه إذا كان في دينهم أن ميراث الأنثى نصف ميراث الذكر ، لأنه يقول : هي نصرانية على دينى يجب أن يكون ظلمنا المسلم فيما أخذ منا يجائحته عليهما جميعًا .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أقام بينة أنه ابن فلان الميت ، أو أنه مولاه أعتقه ، لا يسلمون له وارثًا غيره قضيت له بميراثه ، ولم آخذ منه كفيلا بالمال فإن أتى بعد ذلك غيره يدعى الولاء في المولى ، وجاء ببينة سمعت حجته ، وقضيت بأعدل البينتين .

قال سحنون في « كتاب ابنه » : فإذا استويا في العدالة ، فالمال بينهما نصفان .

م : وهي كمسألة من ورث رجلاً بولاء يدعيه ، وأقام الآخر بينة أنه مولاه ،

وأقام قابض المال مثلها ، ويدخلها الخلاف الذى في تلك.

قال سحنون : ولو أتى أحدهما ببينة على إقراره [ق/ ٤٣ / ٣ ب] بالولاء وآخر ببينة أنه أعتقه ، كان الذى شهدت له البينة بالعتق أولى بميراثه ، ونحوه في «المدونة» .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه ، وقد ترك أبوه ورثة سواه غيبًا ، فإنه يمكن من الخصومة في الدار .

فإن استحق حقًا لم يقض له بحقه منها ، ولا ينتزع باقيها من يد المقضى عليه ، إذ لعل الغياب يقرون للمحكوم عليه بأمر جهله هذا المدعى .

فإذا قدموا فادعوا كدعوى الحاضر كان ذلك القضاء لهم نافذًا ، وإن قدموا قبل القضاء ،وبعد أن عجز الأول عن منافعه كانوا على حجتهم إن كانت لهم حجة غير ما أتى بها الأول .

قال أشهب : ينتزع الحق كله من يده فيعطى لهذا حقه ، ويوقف حق الغائب له، وكذلك كتب مالك إلى ابن غانم ، ورواه أشهب وابن نافع عن مالك .

فصل

قال ابن القاسم عن مالك : وإذا هلك ابن الملاعنة وترك مالاً ، ولا وارث له غير مولى أمه كان ميراثه له .

م : وقاله عليّ بن أبى طالب ، وزيد بن ثابت .

قال مالك : وإن ترك أمة كان له الثلث ، ولمواليها ما بقى [ق/ ٤٣ / ٣ أ] هذا مذهب زيد ، وعروة بن الزبير ، وابن المسيب ، ومالك ،والشافعي ، وكان عليّ ابن أبى طالب يقول : إذا كان له ذو سهم من ذوى رحم فبقية المال رد عليه .

وكان ابن مسعود يجعل عصبته أمه ، فإن لم تكن بعصبته عصبة أمه .

وقال ابن عباس ،وابن عمر نحوه .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يرثه خاله ولا ابن خاله ، ولا جده لأمه .وإن ترك إخوة مع أخيه لأمه ،فلأمه الثلث ، وللأخ السدس .

وإن ترك معها أخوين لأم فصاعدًا ، أو للأخوين فصاعدًا الثلث بينهم بالسواء .

وحظ الذكر والأنثى فيه سواء لقول الله تعالى : ﴿ **فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ**

شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾[1] .

مالك وما بقى فلموالى أمه ، وأمه إن كانت مولاة ، وإن كانت عربية فلبيت مال المسلمين .

ولو كان له ولد ذكر ، أو ولد ولد كان لأمه السدس ، وما بقى لولده ، أو لولد ولده الذكور .

ابن القاسم : وإن ترك ابن الملاعنة موالى أعتقهم ، كان ولاؤه لذكور ولده ، أو لذكور أبنائهم ، وإن لم يكونوا فليس لأمه أو أخيه لأمه ، ولا لخاله ، ولا لجده لأمه من ولاء مواليه شيء ، وولاؤهم لموالى أمه إن كانت معتقة ، وإن كانت عربية فلبيت المال .

قال عروة بن الزبير وغيره : وكذلك ولد الزنا في جميع ما ذكرنا .

فصل

قال مالك : ومن ارتد ، ولحق بدار الحرب وقف ماله حتى يعلم أنه مات .

فإن رجع إلى الإسلام كان أحق به ، وإن مات على ردته كان ماله للمسلمين ، ولا يرثه المسلمون ، ولا النصارى ، وقاله عليّ بن أبى طالب وغيره .

وذكر بعض الفراض ، ولم أروه أنه مذهب علىّ بن أبى طالب وابن مسعود أن ميراث المرتد لورثته من المسلمين ، وبه قال ابن المسيب ، وعطاء ، والشعبى ، والأوزاعى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو أن رجلاً أعتق عبدًا له ، ثم ارتد السيد فمات العبد المعتق عن مال ، وسيده في حال ردته ، ورثه أولى الناس بالمرتد من المسلمين ، فمن يرث الولاء عنه ، ثم إن أسلم لم يرجع بذلك عليهم .

وكذلك من مات له من ولد وغيره فليرثه ورثته المسلمين ، ولا يرجع عليهم أيضًا . وإن أسلم لأنه إنما ينكر [ ] يوم وقع ، فيجب لأهله يوم يموت .

قال مالك : وإذا ارتد الأسير لم تقسم ديته حتى يعلم موته . فإن علم أنه ارتد طائعًا ، أو لم يعلم أطائعًا أم مكرهًا بانت منه زوجته ، وإن علم أنه ارتد مكرهًا لم

---

(١) سورة النساء (١٢) .

تبن منه زوجته .

ابن القاسم في غير « المدونة » : وميراث الزنديق لورثته .

وقال غيره :

قال ابن القاسم : ولا يتوارث أهل الملل .

وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « **لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم، ولا يتوارث أهل ملتين** »[1] .

وفي « الموازية » لمالك : من أقر أن أباه كان يعبد الشمس ، وكان أبوه يظهر الإسلام أنه يرث أباه ، واحتج بالمنافقين الذين كانوا في زمن النبي ﷺ فورثهم ورثتهم لما بقوا على ما أظهروا من الإسلام .

واختلف في ميراث الزنديق إذا أنكر الزندقة ، وقد شهد عليه بها ، فقيل : يورث على ما أظهر .

وأما لو أقر بذلك وتمادى على الكفر الذى كان أسره ، لوجب ألا يورث لأنه كافر .

أبو إسحاق : والأشبه في الذى مات على الزندقة ، وورثته يعلمون بذلك ألا يورث لأنه كافر ، وقد ثبت أن المسلم لا يرث الكافر ، والمنافقون في زمن النبي ﷺ لم يستعمل النبي ﷺ فيهم علمه ليبين ذلك لمن بعده لئلا يحكم الحاكم بعلمه ، وإلا فقد علم النبي ﷺ ذلك منهم ، ولأنه أراد دخول الناس في الإسلام .

فقال : «**لئلا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه**» ، فقد يؤدى ذلك إلى التنفير عنه ﷺ.

وأما من شهد عليه بالكفر ، وهو ينكره وهو مظهر للإسلام ، فيقتل حراً ، أو يورث لإنكاره الكفر ، ويصلى عليه ، والله أعلم بسريرته ، ولم تقبل توبته بخلاف المرتد ، لأنه شيء أخفاه فأشبه الزنا والسرقة .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩١١) ، وابن ماجة (٢٧٣١) ، وأحمد (٦٦٦٤) و (٦٨٤٤) ، والدارقطنى (٤/ ٧٢) حديث (١٦) ، والطبراني في « الأوسط » (٦٣٢٣) ، وعبد الرزاق (١٩٣٠٥) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٢٠٠٩) و (١٢٠١٠) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

والمرتد أظهر ما اعتقد فاستتيب ، كما تقبل توبة المحارب المظهر للحرابة .

ومن « العتبية » : وعن مجوسى تزوج ابنته فـولد له منها ولدان ، فأسلمت الأم والولدان ، فمات أحـد الولدين فللأم السدس ، لأن للميت ترك أمـه ،وهي أخته ، وترك أخاه فهى تعاد نفسها بنفسها ، فكأنه ترك أخًا وأختًا حجبا الأم عن الثلث .

م : أبو إسحاق : وفي هذا وذلك أن من أسلم من المجوس إنما يتوارثون بأقرب القرابتين ، فإذا تزوجها أبوها فولدت ولدين فهـما ولداها ، وهما أخواها فنسبتها في ميراث أحدهمـا بالأمومة أولاً ، فإن كانت هي أمه سقط أن تكون أخـتًا لهما . وإذا سقط كونها أختًا أخذت ثلث ما ترك ، لأنـه ترك أمه ، وأخاه ، فكيف حسبها ، إما أختًا في حال واحد فحـجبها عن ميراث الثلث بنفسها إن جعلهـا أختًا للميت والثاني فصـارت أمًا أخـتًا فى حال واحـدة ، ولم يسقط حكم الأمـومة ، فيكـون كأنه ترك أخته، وأخاه ، فكان يجب أن يكون لها الثلث مع أخـيها الذى هو ابنها لأنها مع أخ واحد ، فإن قدرتها أمًا منفردة كان لها الثلث لأنها مع أخ واحد .

وإن قدرتهـا أنها أخت منفردة كان لهـا الثلث لأن الميت ترك أخته وأخـاه ، فقد قدرها أمًا وأختـًا في حال ، فصارت كأنها أخت أخرى تركهـا مع أمه وأخته فلذلك يجعل لها السدس .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا تظالم أهل الذمة في مواريثهم لم أعرض لهم إلا أن يرضوا بحكم الإسلام فـأحكم بينهم فإذا أبوا ذلك ردوا [ق/ ٤٤ /٣ ب] إلى أهل دينهم .

وقال مالك : إذا كانوا نصارى كلهم ورضوا بحكم الإسلام حكم بينهم به ، وإن كانوا مسلمين ونصارى لم يردوا إلى حكام النصارى ، وحكم بينهم بحكم الإسلام ، ولم ينقلوا عن مواريثهم .

م : يريد : أسلم أحدهم بعـد موت الموروث فصـار حكمًا بين مسلم وكـافر ، وفي رواية يحيى بن يحيى : يـحكم بينهم بحكم دينهم ، والمعنى واحد .وروى ابن وهب أن مسلمين ونصارى اختـصموا إلى عمر بن عبد العـزيز في مورث فقسم بينهم على فـرائض الإسـلام ، وإن أبوا يردهم إلى أهـل دينهم ، وقـال النبي ﷺ: « **كل ميراث قـسم في الجاهلية،فهو علـى قسم الجاهلية ، وكل ميـراث أدركه الإسلام ،ولم**

يقسم فهو على قسم الإسلام »[1] .

وقال مالك : معناه في غير الكتابيين من مجوس وزوج [ ] لو مات نصراني ، ثم أسلم وارثوه قبل أن يقسم ماله ، فلا يرثه ، وإنما يرثه من كان مسلمًا ثم مات .

وقال ابن نافع وغيره من كبار أهل المدينة : الحديث عام في الكتابيين ، وغيرهم من أهل الكفر .

قال ربيعة : ولو مات مسلم [ق/ ٤٤ / ٣ أ] ثم تنصر ولده [ ] كان قد بلغ الحلم ، وجعل ميراثه في بيت المال لأنه وجب له .

فصل

قال مالك : وإذا مات العبد النصراني عن مال فسيده أحق به .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا ارتد العبد أو المكاتب فقتل على ردته ، فسيده أحق بماله ، لأنه يستحقه بالملك بالتوارث .

ابن يونس : وكذلك لو أسلم عبد لمجوسى أو لكتابى ، ثم مات قبل أن يباع عليه ، لورثه سيده الكافر بالرق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن ورث عبده النصراني ثمن خمر ، أو خنازير، فلا بأس بذلك ، وإن ورث منه خمرًا أهراقها ، أو خنازير يسرحها .

قال سحنون : بل يقتلها .

وروى ابن وهب أن عبد الله بن عمر ورث عبدًا له نصرانيًا كان يبيع الخمر ، ويعمل بالربا ، فقيل له في ذلك فقال : ليس الذى عمل في دينه بالذى يحرم على ميراثه .

فصل

قال مالك : ومن مات وترك ابنين فأقر أحدهما بأخت ، فليعطها خمس ما بيده، ولا يحلف مع الأخ المقر بها ، لأنه شاهد ، ولا يحلف في النسب مع شاهد واحد .

م : وبيان ذلك : أن تعمل المسألة على الإنكار ، فتكون من اثنين ، وعلى

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (١٩٣) من حديث عمرو بن دينار .

الإقرار فتكون من خمسة ، فتضرب الاثنين في الخمسة بعشرة ، فإذا قسمتها على الإنكار صار لكل أخ خمسة ، وإذا قسمتها على الإقرار كان لكل أخ أربعة فيستفضل المقر واحد ، وهو خمس ما بيده .

ومن « المنتخب » : وإذا أقر أحد الابنين بأخ لهما ، فإنه يعطيه ثلث ما بيده ، ثم إن مات بعد ذلك المقر له : قال : يرثانه جميعًا المقر به ، والمنكر له ، وهو بمنزلة رجل يقول : أخي مات وترك ألفًا ، وهو أخوك أيضًا ، فإن الألف بينهما .

قال يحيى بن عمر : وأرى أن يأخذ المقر به بريًا من تركته مثل ما كان أعطاه ، ثم يكون ما بقي بينهما بنصفين .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه أعطاها ثمن ما بيده .

م : لأن أصلها في الإنكار من اثنين وفي الإقرار من ثمانية ، فتضرب اثنين في ثمانية ، فتصح من ستة عشر ، فتقسمها على الإنكار ، فيكون لكل ابن ثمانية ، وتقسمها على الإقرار للزوجة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن هلكت امرأة وتركت زوجها وأختها ، فأقر الزوج بأخ لها ، وأنكرته الأخت ، فلا شيء على الزوج لأنه إنما أقر له بشيء في يد الأخت ، فلا شيء له ، يعني ولو أمر بأخت للميتة لأعطاها سبع ما في يديه لأن أصل الفريضة في الإنكار من اثنين ، وفي الإقرار من سبعة ، فتضرب اثنين في سبعة بأربعة عشر ، فتقسم على الإنكار فيكون للزوج سبعة ، وتقسم على الإقرار يصح للزوج ستة ، فيفضل له واحد ، وهو سبع ما في يده .

وهذا باب يتسع ، أوعبه إن شاء الله تعالى في « كتاب الفرائض » .

تم « كتاب الولاء » بحمد الله وحسن عونه [ق/ ٤٥ / ٣ ب] .



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح الأول

في الحض على النكاح والخطبة فيه

والنكاح مندوب إليه لقول الله تعالى : ﴿ **وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ منكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ** ﴾[1] ، وقول النبي ﷺ : « **تناكحوا تناسلوا** »[2] ، وقوله ﷺ : « **تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة** »[3] . وليس على الوجوب ، وهو مذهب مالك - رحمه الله - خلافًا لداود في الحرة.

والدليل لمالك قوله تعالى : ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾[4] ،فقد خيرنا تعالى في النكاح أو ملك اليمين ، وليس في الواجب تخيير، واعتبارًا لنكاح الأمة ، ولأنه عقد معاوضة ، فلم يجب ابتداء بالشرع كعقد البيع .

وقال بعض البغداديين : النكاح في الجملة مندوب إليه ، وربما تعين فرضه إذا خاف العنت ، ولم يجد ما يتسوى به وهو قادر على النفقة والمهر ، وربما كره له ذلك ، وهو أن يكون غير محتاج إليه وهو قليل المال والكسب ، فيغر المرأة ويضرها.

قال ابن حبيب : وحض النبي ﷺ على نكاح الأبكار وقال : « **فإنهن أطيب أفواهًا وأنتق أرحامًا ، وأطيب أخلاقًا** »[5] .

---

(١) سورة النور (٣٢) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في « مصنفه » (١٠٣٩١) من حديث سعيد بن أبي هلال مرسلاً . قال الشيخ الألباني في « ضعيف الجامع » (٢٤٨٤) : ضعيف .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٥٠) ، والنسائي (٣٢٢٧) وفي « الكبرى » (٥٣٤٢) ، وابن حبان (٤٠٥٦) ، والحاكم (٢٦٨٥) ، والطبراني في « الكبير » (٥٠٨) ، والبيهقي في « الكبرى » (١٣٢٥٣) ، وأبو نعيم في « الحلية » (٣/ ٦٢) من حديث معقل بن يسار رضي الله عنه . قال الشيخ الألباني في « صحيح أبي داود (١٨٠٥) : صحيح .

(٤) سورة النساء (٣) .

(٥) أخرجه ابن ماجه (١٨٦١) ، والطبراني في « الكبير » (٣٥٠) وفي « الأوسط » (٤٥٥)، والبيهقي في « الكبرى » (١٣٢٥١) من حديث عويمر بن ساعدة رضي الله عنه . قال الشيخ الألباني في « صحيح ابن ماجه » (١٥٠٨) : حسن .

قال ابن حبيب : أنتق أرحامًا ، أقبل للولد .

ورغب في نكاح الولود ، وفي حديث آخر : الولود الودود العؤود .

قال ابن حبيب : ويستحب أن يستنجب الخال وقد ينتقي رضاع الفاجرة، فكيف بهذا ، وقد قال ﷺ : « **تنكح المرأة لمالها وجمالها ولحسبها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك** »(١) .

وأمر أن ينكح في الأكفاء ، وقد قال عمر - رضي الله عنه - : لا يزوج الرجل وليته للقبيح الدميم ، ولا للشيخ الكبير .

ابن المواز : قيل لمالك : فما جاء عن عمر ، لا تزوجوهن إلا الأكفاء ، وأنه فرق بين رجل وامرأة كان قد زوجها وهو غير كفؤ ؟

قال : قد جاء عنه غير ذلك ، قوله : دين الرجل حسبه ، وكرمه تقواه ومروءته خلقه ، فليس الشرف والحسب إلا في الإسلام والتقوى .

فصل

قال ابن المواز : ويستحب أهل العلم الخطبة في عقد النكاح .

قال مالك : وهو من العمل القديم ، وما أرى لأحد تركها ، وما قل منها فهو أفضل .

قال محمد بن إبراهيم : وقد خطب عروة بن الزبير إلى عبد الله بن عمر ابنته سودة ، فقال : يا نافع : ادع عبيد الله وسالمًا ابنيه، فلما أتياه قال : إن عروة خطب إلى أختكما وإني أزوجه إياها بما جعل الله تعالى للمسلمات على المسلمين من الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وأن يستحلها بما يستحل به المسلمة [ق/ ٤٥/ ٣ أ] . قالا : كذلك يا عروة ، قال : نعم . قال : فقد زوجناكها على بركة الله عز وجل .

في نكاح الشغار وما يتعلق به

ونهى الرسول ﷺ عن نكاح الشغار ، وقال : « **لا شغار في الإسلام** »(٢) .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٨٠٢) ، ومسلم (١٤٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه مسلم (١٤١٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

قال مالك : وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق .

والشغار خلو العقد من المهر ، يقال : بلد شاغر أي خال ، ويقال شغر الكلب: إذا رفع رجله ليبول .

ولا يحل عقد الشغار بإجماع ، فإذا وقع فسخ قبل وبعد الدخول ، وإنما لم يختلف قوله في « المدونة » في الشغار ، بخلاف إذا تزوجها على أن لا صداق إذا اختلف قوله ، لأن الموهوبة إنما فسد الأمر فيها إذا لم يسم لها صداقًا ، فإذا فات الأمر بالدخول ، فقد استوجبت المهر ، فالمعنى للفسخ على أحد قوليه ، والشغار ليس كذلك .

وقال بعض المحققين : إنما اختلف قوله في فسخ الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي ، هل يقتضي فساد المنهى عنه بعد أن يقع ، وأما المنع فيها ابتداء فليس فيه خلاف .

قال عبد الوهاب : ونكاح الشغار فاسد لنهيه ﷺ [عنه][1] ، ولأنه ملك بعض ابنته بصداق لا تملكه ، وذلك يوجب فساد العقد ، لأن المهر يجب أن يكون ملكًا للمنكوحة .

ومن « المدونة » قال مالك : فيمن قال لرجل : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ، أو زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي ولا مهر بيننا ، فذلك شغار يفسخ أبدًا ، وإن ولدت الأولاد ورضياه ، فللمدخول بها صداق المثل ، ولا شيء لغير المدخول بها .

قال مالك : والشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار .

م : قال ابن القاسم : وأحب ما فيه إليَّ أن يفسخ بطلاق ، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، لاختلاف الناس في إجازته أو فسخه .

قال سحنون : والذى عليه أكثر رواة مالك أن كل عقد كانا مغلوبين على فسخه فالفسخ فيه ليس بطلاق ، ولا ميراث فيه ، وقد ثبت من نهى النبي ﷺ [ق / ٢ / ٣ ب] في الشغار ما لا يحتاج إلى حجة .

---

(١) سقط من أ .

م : **قال بعض شيوخنا من القرويين** : وروى على بن زياد عن مالك أن نكاح الشغار إذا دخلا ثبت النكاح وكان لها صداق المثل .

وقال الفقيه ابن القابسي : إنما اختلف قول مالك في ذلك لاختلاف الناس في تأويل الشغار .

قيل : وكيف اختلاف الناس فيه وهو في حديث ابن عمر مفسرًا أن يزوج الرجل ابنته على أنه يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق ؟

فقال : المتفق عليه من ذلك من لفظ الحديث إلى قوله : إن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ، وباقي الحديث إنما يحملونه على أنه من تفسير نافع ، ولو كان عن النبي ﷺ ما اختلف فيه .

وذكر عن أبي عمران أنه قال : إنما اختلف الناس في الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي هل يقتضى فساد المنهى عنه بعد أن يقع أم لا ؟

وأما المنع منه ابتداء فلا يختلف فيه .

قال : وتفسير الشغار في رواية ابن عمر إنما هو من تفسير نافع عن ابن عمر ، ومعنى الشغار كأنهم رفعوا الصداق ، من قولهم : بلد شاغر إذا ارتفع سلطانه ، وقولهم : شغر الكلب إذا ارتفع رجله للبول .

قال مالك : وإن قال الرجل لرجل : زوجنى ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتى بمائة ، أو قال : بخمسين ، فلا خير فيه وهو من وجه الشغار .

قال ابن القاسم : ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ،ويكون لكل واحدة الأكثر من التسمية أو صداق المثل فليس هذا بصريح في الشغار لدخول الصداق فيه ، إلا أن بعض الصداق لا يجوز ، فصار كمن نكح بمائة درهم وبخمر ، أو بمائة [درهم][1] نقدًا ومائة إلى موت أو فراق ، فإنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل ، إلا أن يكون أقل من المائة النقد فلا ينقص من المائة شيئًا .

وقال في غير « المدونة » : أو يكون أكثر من المائتين فلا يزاد .

قال ابن حبيب : قاله ابن القاسم .

(١) سقط من ب .

وقال ابن الماجشون : لها ذلك وإن زاد على المائتين ورواه مطرف عن مالك .

م : فوجه هذا أنهـا صفقة جمـعت حلالاً وحرامًا فـسد جميعـها ، فوجب أن يكون فيها صداق المثل ما بلغ إذا فاتت ، كالقيمة في البيع الفاسد .

ووجه قول ابن القاسم أن النكاح لما كان طريقه المكارمة والبيع طريقه المكايسة لم يجر مجراه في جـميع وجوهه ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوجهـا على وصيف أو شاة ولا يصف ذلك ولا يضـرب له أجلاً ، ويكون عـليه الوسط من ذلك ، ويجـوز أن يتزوجها على عرض موصوف ولا يضرب له أجلاً ويكون حالاً ، ولا يجوز مثل هذا في البيـوع إذا كان صداقهـا أكثر من مـائتين ، لم يزد عليها لأنهـا رضيت بالمائة إلى موت أو فراق ، فإذا أعطيت هذا لم تظلم .

وقد قـال أصبغ : إنها إذا تركت المـائة للغرر أو رضى الزوج أن يعـجلها وذلك قبل البناء ثبت النكاح ، وهذا لا يجوز في البيع وبالله التوفيق .

قال ابن حبيب : ولو تزوجها بمائة نقدًا ومائة إلى أجل معلوم ، ومائة إلى موت أو فراق ، فلم يفـسخ حتى دخل بها ، فلها صـداق المثل ، وإن كان أقل من المائتين فلها مائتان ،مائة منها إلى أجلها .

وإن كان أزيد من مـائتين فالزائد على المـائتين حال مع المائة الحالـة ، ومائة إلى أجلها .

واختلف في الزائد على ثلاثمائة ، فقال ابن المواز : لا يزاد على ثلاثمائة .

وقال ابن الماجشون ومطرف : تزاد بالغًا ما بلغ نقدًا ، إلا المؤجل المعروف .

م : كان يجب إذا كان فاسدًا عندهما أن يكون فيه صداق المثل حالاً كله بالغًا ما بلغ ، لا يكون فيه تأخير كالبيوع ، فيكون قول ابن القاسم لهذا أولى .

م : قال بعض فقـهائنا : حكى عن أبي سعيد ابـن أخي هشام : إنما يُقوَّم صداق المثل على أن فيه مائة إلى سنة .

قال ابن حبيب : وسواء فيمـا ذكرنا من أول المسألة كان بعضه مـؤخرًا إلى غير أجل أو إلى مـوت أو فراق ، أو إلى ميـسرة، أو إلى أن تطلبـه المرأة به ، وهو الآن ملي أو معدم ، وقاله ابن الماجشون وأصبغ .

وقال ابن القاسم في قوله : إلى ميسرة أو إلى أن تطلبه المرأة به ، إن كان يومئذ مليًا فجائز ، وكذلك قال ابن القاسم في « العتبية » إذا تزوجها إلى ميسرة ، فإن كان يومئذ مليًا ، فالنكاح جائز ، وليؤخر بقدر ما يرى من التوسعة على مثله .

وإن كان يومئذ معدمًا فسخ ، إلا أن يبنى فيثبت ولها صداق المثل .

قال عنه عيسى : ولو ادعت امرأة على زوجها أنه تزوجها بمائة نقدًا ، أو مائة إلى موت أو فراق ، وذلك قبل البناء لم يقبل في الفسخ شهادة واحد مع يمينها إذا أنكر الزوج ، وإن قامت بذلك شاهدين فسخ وبطل الصداق ، ولو أقامت الشاهد بعد البناء حلفت وأخذت [ق/ ٤٦ / ٣ أ] الأكثر من المائة النقد أو صداق المثل .

ابن حبيب : وقال أصبغ : لها أن تحلف مع شاهدها قبل البناء ، لأن الفسخ لا يجب بذلك مكانه حتى يخبر الزوج في تعجيل ذلك كله ، فإن أبى خيرت الزوجة في أن تترك المؤخر ، وإن أبت فسخ النكاح .

ولو ادعت أنه تزوجها بجنين [ق/ ٣ / ٣ ب] أو بآبق أو بثمر لم يبدو صلاحه، لم تحلف مع شاهدها ، لأن هذا فسخ لا إخبار للزوج فيه .

م : وذكر عن أبي عمران في رجلين عقد كل واحد منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلس واحد - يريد : بصداق معلوم .

قال : هو جائز إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر .

فإن فهم ذلك لم يجز ، وكان من الشغار لدخول الصداق فيه .

قال : وإنما فرق بين وجه الشغار ومن الشغار بخلاف وجه الدين بالدين الذى جعل كالدين بالدين ، لأن وجه الدين بالدين يوجد فيه الربا ، كما يوجد في نفس الدين بالدين ، والشغار حقيقته البضع بالبضع بلا صداق ، ويدخل في ذلك .

ووجه الشغار الصداق يدخل فيه ، فإن كان قرن إلى ذلك البضع بالبضع فلا يبلغ مبلغ نفس الشغار .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وأما من خالع زوجته على حلال وحرام بطل الحرام وجاز منه الحلال ، ولم يكن للزوج غير ذلك .

وإن خالعها على حرام كله مثل الخمر والخنزير والربا ، فالخلع جائز ولا شيء للزوج من ذلك ولا يتبع المرأة بشيء منه .

م : والفرق بين النكاح والخلع في هذا ، هو أن النكاح لا يجوز إلا بعوض ، فيجب أن يفسد بفساده ، والخلع يجوز بغير عوض ، فلم يكن لعوضه تأثير في فساده .

ومن « المدونة » : وإن خالعها على ثمرة لم يبد صلاحها أو عبد أبق أو جنين في بطن أمه ، أو بعير شارد ، جاز ذلك .

وقال ابن القاسم : وإن قال له : زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتى بلا مهر ، ففعلا ووقع النكاح على هذا ، ودخل كل واحد منهما بامرأته ، فنكاح التى سمى لها مهر ثابت ، ويكون لها مهر مثلها ، ويفسخ نكاح التى لم يسم لها صداقًا، دخل بها أو لم يدخل بها .

م : يريد أن نكاحها قبل البناء يفسخ ولا صداق لها ، وإن دخلا فسخ نكاح التي لم يسم صداقًا وأخذت مهر مثلها ، ويثبت نكاح المسمى لها وأخذت الأكثر من التسمية أو صداق المثل .

قال عبد الوهاب : لا خلاف أعلمه أن الصداق لا يجوز أن يكون غررًا أو مجهولاً أو مما لا يصلح تملكه ، ولكن الخلاف في النكاح إذا وقع على صداق هذه صفته هل يصح ويبطل الصداق ، أو لا يصح أصلاً ؟

فعن مالك في ذلك روايتان :

إحداهما : أن العقد يبطل ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده .

والأخرى : أنه إن أدرك قبل البناء فسخ ، وإن أدرك بعد الدخول لم يفسخ .

واختلفت عبارة أصحابنا في معنى الفسخ قبل الدخول ، فظاهر قول متقدميهم وجوب الفسخ على معنى الردع لئلا يقدموا عليه ،لا على أن العقد وقع فاسدًا ثم صح بالدخول ، أو أن الدخول أجاز الإقرار على عقد فاسد على ما اعترض به علينا أغبياء المخالفين وألزمونا على ذلك أن الدخول يجب أن يصحح كل عقد فاسد كالمتعة، والشغار ، ونكاح المرأة على عمتها وخالتها وغير ذلك ، وذلك كله غير لازم لنا ، ولا مفهوم من قولنا ، وإنما مراد أصحابنا وجوب الفسخ على طريقة العقوبة لهم والردع كما فعلاه لئلا يعودوا إلى مثله ، ولا معنى لقول من قال : إنه ليس في هذا ردع ولا عقوبة لأنهما إذا فسخاه عقداه في الحال ، لأن فائدة الفسخ أنه يعد

طلاقًا ، فإذا نكحها عادت عنده على اثنتين ، وهذه فائدة صحيحة.

م : ولأنها واحدة بائنة تملك الزوجة بها نفسها ، فقد لا تشاء نكاحه أو تشاء بأضعاف الصداق الأول ، وفي ذلك ردع بين .

قال عبد الوهاب : وأما المتأخرون منها فإنهم قالوا : لما حققنا النظر علمنا أن ذلك استحباب من مالك واحتياط ليقع العقد صحيحًا بإجماع ، ولإمكان أن يستأنف بصداق صحيح ، فإذا وقع الدخول ، وفات بالوطئ وجب فيه صداق صحيح وتقرر، فلا معنى للفسخ لزوال الصداق الذى كان الفسخ من أجله لوجوب صداق صحيح ، كما لو تزوجها وبها أحد العيوب الأربعة لكان له الرد ، فلو زال ذلك قبل أن يرد لسقط حقه من الرد لزوال ما من أجله كان له أن يرد .

فأما من تزوج بصداق مغصوب فمن أصحابنا من فرق بينه وبين المجهول والغرر، لأن ذلك ممنوع لحق الأدمى ، ولو أذن له فيه لجاز ، وهذه الأشياء ممنوعة لحق الله تعالى .

ومن أصحابنا من يساوى بينهما ، وقال : يفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده ، كما يقول فيمن صلى في دار مغصوبة أنه يعيد في الوقت لا بعده .

م : وقد قيل : لا يعيد في وقت ولا غيره ،وهو الصواب فيه ، وفراق لا يفسخ فيه النكاح وبالله التوفيق .

في إنكاح الرجل ابنته البكر والثيب وابنه الصغير ومملوكيه ومن يلي عليه غائبًا أو حاضرًا ، وتزويج اليتيمة قبل البلوغ

قال الله عز وجل حكاية عن شعيب : ﴿ **قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ** ﴾[1]، ولم يذكر مشورة ، وزوج النبي ﷺ ابنتيه لعثمان ولم يستشرهما ، وزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع سنين وقيل : ست سنين ودخل بها بنت [ق / ٤ / ٣ ب] تسع .

وقال بعض البغداديين : ويستحب له استيشارها لقوله ﷺ : « **شاوروا النساء في أبضاعهن** »[2] . ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضرر يلحقه فيه .

---

(١) سورة القصص (٢٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٦٥٤٧) ، ومسلم (١٤٢٠) من حديث عائشة رضي الله عنها .

وقيل : إنه ربما كان بهـا عيب لم يعلم به ولو علمه لم يزوجها ، فـإذا استأذنها أعلمته به فتحرز منه .

وعنه في المعنسة روايتان :

إحداهما : بقاء الإجبار عليها ، والثانية : زواله .

فوجه بقائه اعتباراً بغير المعنسة لعلة البكارة .

ووجه زواله : أن المعنى الموجب للإجبار في الصغـيرة التى لم تعنس قلة خبرتها بالأمور ، وعدم معرفتها بمصالحها، وذلك منتف في المعنسة [ ](1) زوجها ومعرفتها بمصالحها فقام ذلك مقام الثيوبة في رفع الإجبار عنها .

فصل

وقال ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها » (٢) ، وروى الثيب مفسرًا ، وقوله: «ليس للولى مع الثـيب أمرًا » (٣) ، وقال ﷺ : « البكـر تستأذن في نفـسهـا وإذنها صماتها» (٤).

قال مالك : وذلك عندنا في البكر اليتيمــة كذلك هو مفسر في رواية ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « اليتيمة تستأمر في نفسها ، فإن سكتت [ق/ ٤٧ / ٣ أ] فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها » (٥).

ابن وهب : وجاء عن عــمر بن عبد العــزيز وابن شهاب أن الرســول ﷺ قال : «كل يتيمة تستأمر في نفسها فما أنكرت لم يجز عليها ، وما صمتت عنه وأقرت عليه جاز عليها وذلك إذنها » (٦).

قال إسمـاعيل القاضي : الأيم التي لا زوج لها بالغاً كـانت أو غير بالغ ، بكرًا

---

(١) بياض في أ ، ب .

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخـرجه أبو داود (٢١٠٠) ، والنسـائى (٣٢٦٣) ، وأحمـد (٣٠٨٧) ، وابن حبـان (٤٠٨٩) ،والدارقطني في « سننه » (٣/ ٢٣٩) ،وعبد الرزاق في «مصنفه » (١٠٢٩٩)، والبيهـقى في « الكبرى » (١٣٤٥٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهمـا . قال الشيخ الألباني في « صحيح أبي داود » (١٨٤٨) : صحيح .

(٤) تقدم تخريجه من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) تقدم تخريجه .

كانت أو ثيبًا ، ولو كان كما توهم قوم أنها الثيب خاصة لكانت الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر ليست بأحق بنفسها من وليها ، ولكان الاستئمار إنما هو على الترغيب لا على الإيجاب ، وإنما في الحديث معنيان :

أحدهما : أن الأيامى أحق بأنفسهن .

والمعنى الآخر : تعليم كيف تستأذن البكر منهن وأن إذنها صماتها ، لأنها تستحى أن تجيب [بلسانها][1] .

ومن « **المدونة** » **قال مالك** : وإذا ردت المرأة الرجال رجلاً بعد رجل لم تجبر على النكاح ، ولا يجبر أحد أحدًا على النكاح ،إلا الأب في ابنته البكر وفي ابنه الصغير وفي أمته وفي عبده ، والولى في يتيمه ، يريد الوصى .

قال مالك : ولا يزوج البكر وليها ، وإن كانت سفيهة إلا برضاها للحديث .

قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الصغيرة بما قل من مهر مثلها جاز إن كان على وجه النظر .

وقد أتت امرأة مطلقة إلى مالك فقالت له : إن لي ابنة في حجرى موسرة مرغوب فيها ، وقد أصدقت صداقًا كثيرًا وأراد [أبوها][2] أن يزوجها من ابن أخ له فقير .

فقال لها مالك : إنى لا أرى لك في هذا متكلمًا .

قال ابن القاسم : وأرى نكاح الأب إياها جائز ، إلا أن يأتى من ذلك ضرر فيمنع .

قال سحنون : الضرر في البدن من الجنون أو غير ذلك ، فأما الفقر فلا ، وتزويجه جائز .

فصل

قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فطلقها الزوج قبل البناء أو مات عنها فلأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر .

قال مالك : فإن بنى بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها ، فهى أحق بنفسها .

---

(١) في أ : بنفسها .

(٢) سقط من أ .

قال ابن القاسم : وتسكن حيث شاءت إلا أن يخاف عليها الضيعة والمواضع السوء ويخاف عليها الفضيحة من نفسها وهواها فيكون للأب أو الولى أن يمنعها من ذلك .

ومن كتاب الخلع قال : ولو رجعت هذه الثيب إلى الأب قبل بلوغها فله إنكاحها كالبكر ، لأن النفقة ترجع على الأب لها .

قال ابن المواز : ولأن الذى أثبت ولاية أبيها عليها الصغر والبكورية ، فإذا سقط سبب البكورية بقى ولاية الصغر ، فإذا ذهب الصغر انقطع بقية سبيله عليها ، لأنها قد افتضت بنكاح وبلغت المحيض .

وكذلك عن ابن القاسم وأشهب : أن الأب يزوجها إذا رجعت إليه ثيبًا ما لم تحض.

وقال سحنون : يزوجها بغير رضاها وإن حاضت .

م : ووجه هذا أنها صغيرة.

مالك : للأب إجبارها على النكاح ، فلا يزيله من يده بلوغها ، أصله البكر ، ولأنها رجعت إليه وملك منها ما كان يملكه قبل الدخول ، وصارت كمن لم يدخل بها ، فلا يزيل ما بيده منها البلوغ كالتى لم يدخل بها .

ومن النكاح قال مالك : وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث يشاء وليس لأبيه منعه .

قال ابن القاسم : إلا أن يخاف من ناحيته سفهًا فله منعه .

قال : وإذا زنت البكر فحدت أو لم تحد ، فلأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر ، وإن زوجها تزويجًا حرامًا ثم بنى بها الزوج وجامعها ، ثم طلقها أو مات عنها بالقرب لم يكن لأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر ، لأنه نكاح يلحق فيه الولد ويدرأ فيه الحد .

قال مالك : وتعتد منه في بيت زوجها التى كانت تسكن فيه .

قال ابن القاسم : فجعل العدة فيه كالعدة في النكاح الحلال ، فهذا يدلك أنه خلاف الزنا [ق/ ٥ / ٣ ب] في تزويج الأب إياها .

قال عبد الوهاب : لأن رفع الإجبار بالثيوبة هو لزوال الحياء [والانقباض][١] الذى يكون في البكر ، وهذا منتف في المزنى بها والمغصوبة ، لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبيح ما ركبته أو ركب منها وللعار الذى لحقها ، ويزهد في مثلها ، فوجب بقاء الإجبار عليها ، ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال فكذلك لا يرفع إجبار النكاح .

[م : ليس ما يرفع إجبار النكاح يرفع ولاية المال] [٢].

م : وقال ابن حارث الأندلسي : إن محمد بن عبد الحكم قال : لا يزوجها أبوها إلا برضاها كالثيب .

قال عبد الوهاب : وألزمت في مجلس النظر بحضرة ولى العهد أنه إذا كانت العلة في المزنى بها الحياء ، فإذا تكرر منها الزنا فقد ارتفع حياؤها وزالت علة الإجبار ، ولم يكن لأبيها أن يزوجها إلا برضاها ، فالتزمت ذلك للمخالف ، وبالله التوفيق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن زوج ابنته البكر ، فدخل بها الزوج ثم فارقها قبل أن يمسها ، فإن طالت إقامتها مع زوجها وشهدت مشاهد النساء فلا يزوجها أبوها إلا برضاها ، وأرى السنة طول إقامة ، وإن كان أمرًا قريبًا فله أن يزوجها .

قال ابن القاسم في « المستخرجة » : وإن فارقها بعد ستة أشهر فليؤامرها الأب إن زوجها ، فإن لم يؤامرها فالنكاح جائز .

قال مالك : وإن فارقها بعد شهرين فلا يؤامرها .

قال عبد الوهاب : إنما ذلك لأن عودتها إلى الأب إذا كان عن قرب فكأنها على الحال التى كانت عليها من الحياء عنده ، وقلة خبرتها بالأمور وقلة معرفتها بمصالحها، فهي كالتى [لم][٣] يدخل بها .

وإذا طال أمرها طولاً تخبر به مواضع حظوظها وتعرف مصالحها [وبين

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

زوجها][1] ، فقد صارت كالثيب وانقطع الإجبار عنها .

قال : وفي [حد][2] الطول روايتان :

إحداهما : سنة .

والأخرى : لا حد فيه أكثر من العرف .

فوجه السنة : أنها مدة جعلت في الشرع حداً لأمور ، منها العنة وفي الأدواء الثلاثة في عهدة الرقيق انقطاع الشفعة بعد العام ، فكذلك هاهنا ووجه نفى التحديد: أن كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف حال ولم يرد فيه توقيف بتحديد مدة ، وجب الرجوع فيه إلى العرف .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك إن زوجها أبوها وهي بكر فدخل بها زوجها ثم مات عنها أو طلقها ، فقالت الجارية [ق / ٤٨ / ٣ أ] : ما جامعني، وقد كان الزوج أقر بجماعها ، فإن كانت إقامته معها أمراً قريباً جاز إنكاح الأب عليها ، لأنها تقول : أنا بكر ، وتقر بأن صنيع الأب عليها جائز ، ولا يضرها ما قال الزوج من وطئه إياها .

وإن طالت إقامتها معه فلا يزوجها أبوها إلا برضاها ،أقرت بالوطء أو لم تقر.

فصل

قال مالك : وإذا قال للبكر وليها : إني مزوجك من فلان ، فسكتت فذلك رضى منها .

قال غيره : إذا كانت تعلم أن السكوت رضى .

قال مالك : وإذا سكتت فذهب الولي فزوجها من ذلك الرجل ثم أنكرت ، لزمها النكاح ولم ينفعها إنكارها بعد سكوتها .

م : لقوله ﷺ : « فإن سكتت فهو إذنها » [3].

قال مالك : وأما الثيب إذا قال لها أبوها أو وليها : إني مزوجك من فلان فسكتت ، فلا يكون سكوتها إذناً ولا رضى إلا أن تتكلم وتستخلف الولي على إنكاحها .

---

(١) في أ : ويزوجها .
(٢) سقط من أ .
(٣) تقدم تخريجه .

قال عبد الوهاب : وإنما خصت البكر بالصمات لقوله ﷺ في البكر : «إذنها صماتها »[١]، ولأن الحياء يغلب عليها لئلا تنسب متى نطقت إلى الشهوة والميل إلى الرجال ، فيكون ذلك مزهداً فيها وأما الثيب فلقوله ﷺ : « الثيب تعرب عن نفسها»[٢] ، ولأن الثيب قد زال عنها الحياء يرون وجهها .ومعرفتها إنما يراد منها .

قال : وينبغي أن تعلم البكر إذا صمتت أن ذلك إذن منها احتياطًا لجواز أن تظن أن ذلك ليس بإذن ، وليس ذلك بشرط في صحة الإذن .

ومن « المدونة » : قال مالك : وليست المشورة بلازمة للأب في الأبكار.

وروى ابن وهب أن النبي ﷺ زوج عثمان - رضي الله عنه - ابنتيه ولم يستشرهما.

قال مالك : وبلغنى أن القاسم بن محمد وسالمًا كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمراتهن .

قال مالك : وذلك الأمر عندنا في الأبكار .

فصل

قال ابن القاسم : ومن زوج أخته البكر أو الثيب بغير أمرها فبلغها ذلك فرضيته، فبلغنى أن مالكًا قال مرة : إن كانت بغير البلد أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز، وإن قرب جاز.

قال سحنون في « المستخرجة » : إن كانت عن البلد غائبة مثل البريد واليوم ، وشبهه والقلزوم من مصر وبينهما يومان فهو قريب إذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت .

وأما مثل الإسكندرية وأسون فلا يجوز وإن أجازت ، وقاله أصبغ .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وسألنا مالكًا ونزلت بالمدينة في رجل زوج

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٧٢) ، وأحمد (١٧٧٥٨) ، والطبراني في « الكبير » (٢٦٤) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٣٤٨٤) ، والطحاوى في « شرح معانى الآثار » (٦٨٢٧) من حديث عدى الكندى رضي الله عنه. قال الشيخ الألباني في « صحيح ابن ماجه » (١٥١٨): صحيح .

أخته ، فقالت حين بلغها : ما وكلت ولا أرضى ، ثم كلمت في ذلك [ق/ ٦ / ٣ ب] فرضيت ، فقال : لا يجوز [يستأنف نكاحًا جديدًا إن أحبت][١] .

قال في كتاب ابن المواز : إذا علمت فأنكرت ثم أجازت ، لم يجز النكاح ولم يقرا عليه .

قيل لمالك : وإن قالت حين بلغها ما وكلت ولم أرضى ، ثم أقرت بعد ذلك بوكالته ، وبأنها كانت راضية وهي وكلته ؟

فقال مالك :لا يجوز ولا يثبت إلا بنكاح جديد .

ومن « المدونة » : قال مالك في من زوج ابنه الكبير المنقطع عنه أو ابنته الثيب وهما غائبان فرضيا بفعل أبيهما ، لم يجز النكاح ،لأنهما لو ماتا لم يتوارثا .

قيل لابن المواز : فيفسخ النكاح قبل أن يعلما ؟

قال : إن كان ذلك عن قرب لم يفسخ حتى يعلما ، فيجيزا أو يردا. وإن كانا على بعد فسخ مكانه إذا علم أنها أفتيت عليها بغير علمها .

قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البائن ألا يفسخ بعد البناء إذا رضى حين بلغه ، وقاله ابن القاسم .

وقال أيضًا أصبغ : إنما يؤمر إن قبل البناء بالفسخ بغير حكم ، للاختلاف فيه .

يريد : في البعيد الغيبة .

قال ابن القاسم : قال مالك : فأما إذا قال الخاطب : هو أمرنى بذلك ، أو هي أمرتنى بذلك ، ثم قال المتزوج منهما الحاضر : لا حاجة لي بنكاح من إذا قدم كان عليَّ بالخيار ، لم يكن له ذلك حتى يقدم الغائب ، فإن أقر لزمه ، وإن أنكر لم يقبل منه إنكاره بتوكيله من زوجه حتى يحلف أنه ما أمره ولا بعثه ، وإذا حلف سقط عنه النكاح .

م : ظاهره أنه إن نكل لزمه النكاح .

وذكر ابن حبيب أنه إن لم يحلف لم يلزمه النكاح بنكوله ، وذكر عن غير واحد من أصحاب مالك أنه لا يمين في ذلك .

---

(١) بياض في أ ، ب .

ابن المواز : قيل : فإن أقر الرسول بعد العقد بأن ذلك بغير أمر الغائب ؟

قال : إذا كان ذلك بعد النكاح لم يقبل قوله حتى يثبت ذلك بأمر لا شك فيه ، أو يقوم الغائب فيحلف .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا تزوج اليتيمة التى مولى عليها حتى تبلغ وتأذن في ذلك ، لأن رسول الله ﷺ أمر باستئذان اليتيمة ، ولا إذن إلا للبالغة.

قال ابن المواز : وكذلك وصى أبيها لا يزوجها حتى تبلغ ويشاورها .

قال : ولو رضيت في الصغر فزوجت ، ما كان ذلك تزويجًا ويفسخ ، إلا أن يتقادم ذلك بعد الدخول فيقرا عليه .

م :يريد : وإن كرهت .

قال ابن القاسم : فإذا لم يدخل فإنه يفسخ أبدًا ، وإن طال ورضيت .

وسئل عن التى بنى بها وقد ولدت ، فقال : مذ كم بنى بها ؟

قال : منذ ثمانية عشر شهرًا .

قال : أرى أن يفسخ .

قيل : فاليتيمة تبلغ حد الوطء وهي محتاجة فتخطب وتبلغ النكاح ؟

قال : لا يزوجها وصى ولا ولى حتى تبلغ المحيض .

قيل لابن القاسم : فإن قاربت وأشعرت ؟

قال إذا جرت عليها المواسى وشارفت الحيض فليناكحها وصيها برضاها ، وإن لم يكن وصيها فوليها برضاها ، وقاله أصبغ .

ثم رجع أصبغ فأباه حتى تبلغ سنا لا يبلغه أحد إلا حاض ، فإن زوجت قبل ذلك فسخ .

قال ابن المواز : وأحب إليّ ألا يفسخ إذا زوجت بعد الإشعار ، وقد سئل مالك عن صبية من الأعراب صغيرة محتاجة تطوف وتسأل ولت أمرها رجلاً فزوجها غنى ، قال مالك : بنت كم هي ؟

قال له : هي بنت عشر سنين .

قال : إذا كانت هكذا في حاجة ملحة تتكفف [ق/ ٤٩ / ٣ أ] يعرف ذلك منها ، فلا بأس بذلك إذا رضيت ، ولو كانت صغيرة لم يجز .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا بلغت اليتيمة فزوجها وليها بغير أمرها ثم أعلمها بالقرب فرضيت ، جاز ولا يكون سكوتها ها هنا رضا .

م : وإنما لا يجعل سكوتها هاهنا رضى لتعديه في العقد عليها قبل إعلامها ، فزال الحياء عنها الذى أوجب أن يكون صمتها رضى ، والأول : إنما عقد بعد إعلامها، فجعل سكوتها رضى كما جاء في الحديث .

م :ولو زوجها بغير أمرها ثم أعلمها بذلك فسكتت فأعلمها أن سكوتها وترك ردها له نطقًا يكون رضى به وأشهد عليها بذلك ، وكل ذلك هي ساكتة لعُد ذلك منها رضى ، ولا كلام لها بعد ذلك . والله أعلم .

ابن المواز : قال أشهب : عن مالك في امرأة زوجها أخوها ثم مال الزوج قبل البناء ، فقال ورثته : لم تكن هي رضيت .

فقال : تسأل هي الآن ، فإن قالت : كنت رضيت فذلك لها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كانت بغير البلد أو فيه فتأخر إعلامها، لم يجز وإن رضيت .

قال سحنون : وهذا قول مالك الذى عليه أصحابه .

قال شريح : تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن معضت لم تنكح ، وإن سكتت فهو إذنها .

قال سليمان : معنى « معضت » عبست وقطبت .

في وضع الأب بعض الصداق وفي دفعه إليه

قال الله عز وجل : ﴿ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[1] .

قال مالك : فإذا زوج الأب ابنته البكر ثم طلقها الزوج قبل البناء ، فلأبيها أن يعفو عن نصف الصداق الذى لها ، وكذلك فيما نرى موقعه [ق/ ٧ / ٣ ب] من القرآن ، له أن يعفو عنه ، ولا يجوز ذلك لغيره من وصى أو غيره ، فإذا قبل

(١) سورة البقرة (٢٣٧) .

الطلاق فلا يجوز للأب أن يضع من صداقها شيئًا .

قال ابن القاسم : إلا أن يفعل ذلك الأب على وجه النظر ، مثل أن يعسر الزوج عن المهر فيخفف عنه وينظره ، فيجوز ذلك .

فأما أن يضع عنه بغير طلاق ولا وجه نظر لها ، فلا يجوز ،وقد قال الله تعالى: ﴿ **أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ** ﴾[1] وهو الأب في ابنته البكر والسيد في أمته ، وقوله تعالى :﴿ **إِلاَّ أَن يَعْفُونَ** ﴾ هي المرأة الثيب ، وقال ذلك ابن عباس وابن شهاب وربيعة وغيرهم .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس للأب أن يعفو عن نصف الصداق .

ودليلنا قوله عز وجل : ﴿ **أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ** ﴾ وهو الأب ولا يصلح حملها على الزوج ، لأنه ليس بيده بعد الطلاق عقده إلا أن يضم فيه الذى كان بيده، وحملها على الأب غير محتاج إلى ذلك ، لأن الأب ولى يملك الإجبار ، فجاز له العفو عن صداقها ، أصله : السيد في أمته .

فصل

ومن « المدونة » قال : وإذا زوج اليتيمة البكر وليها بأمرها فقبض صداقها ، لم يجز قبضه عليها ، إلا أن يكون وصيًا ، فإن كان وصيًا ، جاز قبضه عليها ، لأنه الناظر لها ، ومالها في يديه ، وإن بلغت حتى تنكح ويؤنس مع ذلك منها الرشد والإصلاح لنفسها في مالها .

قال مالك : وإذا زوج الثيب أبوها ثم قبض صداقها بغير إذنها ، فادعى تلفه ، ضمنه الأب .

قال ابن القاسم : وإنما ضمنه ملك لأنه كان متعديًا في قبض الصداق إذا لم توكله ابنته على قبضه ، وهنا كدين لها على رجل فقبضه الأب بغير أمرها فلا يبرأ الغريم ، والأب ضامن ولها أن تتبع الغريم .

قال ابن حبيب : إذا قبضه الأب بغير توكيلها على التقاضى ضمنه للزوج، فإن

---

(١) سورة البقرة (٢٣٧) .

كان الأب رسولاً للزوج لم يضمن ، وأما الأب يقبض صداق ابنته البكر ثم يزعم أنه ضاع ، فإن كان قبضه ببينة كان ضياعه من الابنة ، ولا شيء على الزوج ولا على الأب ، ويدخل الزوج بها .

وإن قبضه بغير بينة لم يكن للزوج البناء إلا بدفع الصداق ثانية إليها ، ولا شيء للزوج على الأب ، وقاله ابن وهب وأشهب ، ونحوه لابن المواز .

وقال ابن القاسم في « العتبية » : إذا أقر الأب بقبضه وضاع منه ، ولا بينة للزوج على دفعه ، أن الأب مصدق ، وضياعه منها ، ولا شيء على الزوج .

م: وهذا القياس لأن الأب الذى له قبضه بغير توكيل عليه أقر بقبضه ،فوجب أن يبرأ بذلك الزوج ، كوكيل البيع الذى له القبض بغير توكيل يقر بقبض الثمن ويدعى تلفه أن ذلك يبرئ المشترى ، فكذلك هذا ، وكما لو باع لها سلعة ، وأقر بقبض ثمنها .

ووجه الأولى : فلأن تصديق الأب بقبضه ودعواه تلفه ذريعة إلى إجازة نكاح بغير صداق ، وكما لو وكلته الثيب على قبضه فيدعى قبضه وتلفه ، أن الزوج لا يبرأ إلا ببينة ، أو لا ترى أن الأب إذا ضمن الصداق لابنته ثم مات عديمًا فلا يدخل الزوج إلا بدفعه ، فهذا كان أحرى أن يدخل بلا غرم ، لأن الصداق في ذمة غيره ، ولكن من حق الزوجة ألا تسلم سلعتها إلا بقبض ثمنها ، وهذا القول أحوط ، وهو جار على مذهب « المدونة » لما بينا ، وبالله التوفيق .

في إنكاح الأولياء وتزويج ابنه الغائب أو العاضل

قال أبو محمد : ولما خاطب الله تعالى الأولياء فقال : ﴿ **وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ** ﴾[1] ، وقال : ﴿ **فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[2] دل أن لهم مع النساء إذنًا في أنفسهن .

قال غيره : لأن هذه الآية نزلت في شأن معقل بن يسار لما عضل أخته فنهى عن ذلك ، وقال ﷺ : « لا تنكح المرأة بغير إذن وليها ، فإن نكحت فنكاحها باطل فنكاحها باطل ثلاث مرات ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا

(١) سورة النور (٣٢) .
(٢) سورة البقرة (٢٣٢) .

فالسلطان ولى من لا ولى له »[(١)] .

وقال عمر : لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوى الرأى من أهلها أو السلطان[(٢)] .

قال مالك : ذو الرأى من أهلها الرجل من العصبة أو العشيرة أو الفخذ، وكذلك مولى النعمة إذا كان له الصلاح ، يريد المنعم أو المنعم عليه ، وليس العبد والمرأة من الأولياء .

م : ولما كانت المرأة لا تعقد على نفسها كان العقد على امرأة غيرها أحرى ألا يجوز ، وقد قال الرسول ﷺ : « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها »[(٣)] .

وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « لا يحل النكاح إلا [ق/ ٥٠ / ٣ أ] بصداق وولى وشهود عدول» [(٤)] .

قال عبد الوهاب : وإنما كان الولى شرطًا في النكاح حياطة للفروج لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح إلى وضع نفسها في غير كفؤ فتلحق عارًا بأوليائها .

قال : والولاية على ضربين : ولاية عامة ، وولاية خاصة .

فالعامة : ولاية الدين ، والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ** [ق / ٨ / ٣ ب] **وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ﴾[(٥)] .

---

(١) أخرجه الترمذى (١١٠٢) ، وأحمد (٧ / ٢٤٤) ، والدارمى (٢١٨٤) ، وابن حبان (٤٠٧٤) ، والحاكم (٢٧٠٦) ، والشافعي في « مسنده » (١٣١٨) ، والدارقطنى في «سننه » (٣/ ٢٢١) ، والطبراني في « الأوسط » (٦٣٥٢) ، وأبو يعلى في « مسنده » (٤٧٥٠) ، وسعيد بن منصور في « سننه » (٥٢٨) ، وعبد الرزاق في « مصنفه » (١٠٤٧٢) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٣٣٧٧) ، الطحاوى في « شرح معانى الآثار » (٣٩٣٧) ، وأبو نعيم في « الحلية » (٦ / ٨٨) ، والحميدى في « مسنده » (٢٢٨) من حديث عائشة رضي الله عنها. قال الشيخ الألباني في «صحيح الجامع» (٢٧٠٩):صحيح .

(٢) أخرجه مالك في « الموطأ (١٠٩٣) ، والدارقطنى في « سننه » (٣/ ٢٢٨) .

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٨٨٢) ، والدارقطنى في « سننه » (٣ / ٢٢٧) ، وعبد الرزاق في «مصنفه » (١٠٤٩٤) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٣٤١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . قال الشيخ الألباني في « صحيح ابن ماجه » (١٥٢٧) : صحيح .

(٤) أخرجه البيهقى في « الكبرى » (١٣٤٩٨) من حديث الحسن مرسلاً .

(٥) سورة التوبة (٧١) .

والولاية الخاصة : ولاية النسب أو الحكم ، والولاية بالنسب مقدمة على الولاية بالحكم ، فإذا استخلفت المرأة أجنبيًا فزوجها مع القدرة على أحد الوليين ، فقيل : إنه غير جائز .

وقيل : إنه ماض إذا تزوجت كفؤًا.

فوجه الأولى : قوله ﷺ : « فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له »[١] ، فنفى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده ، ولأن في إجازته ذريعة في الافتيات على الأولياء وإسقاطًا لحقهم .

ووجه الثانية : أن الولاية الخاصة لا تسقط الولاية العامة جملة ، وإنما لها مزية عليها في التقديم ، فإذا حصل العقد بها على وجه لو عقده الخاص لجاز لم يفسخ ، اعتبارًا بتقديم بعض العصبة على بعض .

ومن « المدونة » : قال مالك: وإذا اختلف الأولياء في إنكاح المرأة وهم في القعدد سواء نظر السلطان في ذلك ، وإن كان بعضهم أقعد من بعض فالأقعد أولى بإنكاحها ، فالابن وابن الابن أولى بإنكاحها وبالصلاة عليها من الأب ،والأب أولى من الأخ ، والأخ وابن الأخ أولى بإنكاحها من الجد .

وقال عبد الوهاب : إنما قال : إن الابن ولى وأنه أولى من الأب ، لقوله ﷺ لعمر بن أبي سلمة : « قم فزوج أمك »[٢] ، ولأن الابن وابن الابن أقوى تعصيبًا في الميراث والولاء من الأب .

وإنما قلنا : إن الأب أولى من الأخ للإجماع على ذلك ، ولأنه أقوى تعصيبًا ولا يرثون معه شيئًا .

وإنما قلنا : إن الأخ وابن الأخ أولى من الجد خلافًا للشافعي ، لأن تعصيبهم أقوى لأنهم يرثون بالبنوة والجد بالأبوة ، لأن الأخ يقول : أنا ابن أبيها ، والجد يقول: أنا أبو أبيها ، وقد بينا أن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب .

ومن « المدونة » : قيل لابن القاسم : أليس هذا إذا فوضت إليهم فقالت :

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه النسائى (٣٢٥٤) ، وأحمد (٢٦٧١١) ، وقال الشيخ الألباني في « الإرواء » (٦/ ٢٥١) : ضعيف .

زوجونى ، أو قالت : خطبت فرضيت باختلاف الأولياء في إنكاحها وتشاحوا على ذلك ؟

قال : نعم .

قال مالك : وإذا كان أولياء المرأة حضوراً كلهم وبعضهم أقعد من بعض منهم ولد الولد والوالد نفسه والأخ والجد والعم وغيرهم ، فزوجها العم أو الأخ برضاها وهي ثيب ، وأنكر والدها وسائر الأولياء لم يرد النكاح ، وليس لأبيها هنا قول ، لأنها قد ملكت أمرها .

قال مالك : وكذلك إن كانت بكرًا بالغاً لا أب لها ولا وصى ، ولها من الأولياء من ذكرنا فزوجها الأبعد برضاها وأنكر الأقعد فالنكاح جائز .

وقد قال مالك : إن الرجل من الفخذ يزوج وإن كانت هناك ثمَّ من هو أولى منه.

قال ابن القاسم : وذو الرأى من أهلها يجوز إنكاحه إياها إذا كان له فضل وصلاح ، وإن كانت من العرب ولها من الأولياء من ذكرنا ، وكذلك مولى النعمة يجوز أن يزوج مولاته من نفسه ويلى عقد نفسه ، أو يزوجها من غيره برضاها فيجوز ذلك على الأقعد من أخ أو غيره ، وهو من ذوى الرأى من أهلها إذا كان له الفضل والصلاح ، وكانت المرأة ثيبًا أو بكرًا بالغًا لا أب لها ولا وصى .

وقال على عن مالك في الأخ يزوج أخته لأبيه وثمَّ أخوها لأبيها وأمها : إن النكاح جائز ، إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الأخ الشقيق فلا تنكح حينئذ إلا برضاه، وإنما الذى لأم ينبغي لبعض الأولياء أن ينكح وثمَّ من هو أولى منه إذا لم يكونوا أخوة وكان أخا وعمًا ، أو عمًا وابن عم ونحو هذا وهم حضور .

قال سحنون : وقال أكثر الرواة : لا يزوج ولى وثمَّ من هو أولى منه حاضر ، فإن فعل نظر السلطان في ذلك .

وقال آخرون : للأقرب أن يجيز أو يرد ، إلا أن يطول مكثها عند الزوج ، وتلد الأولاد ، لأن العقد لم يخرج من أن وليه ولى ، وهذا في ذات المنصب والقدر .

قال ابن المواز : وليس الخال من الأولياء ، قاله ابن وهب وقاله مالك وغيره من العلماء .

قال ابن حبيب : للأقرب إمضاؤه أو فسخه ما لم تبن .

قال ابن حبيب عن مالك : فذلك ما لم يكن الولى الأقرب حاضرًا يعلم أن غيره عقد على وليته فلا يتكلم ، فإن ذلك منه رضى .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم وعلى بن زياد : قال مالك : من غاب عن ابنته البكر غيبة انقطاع كمن خرج في المغازى إلى مثل إفريقية والأندلس وطنجة ، فأقام بها فرفعت أمرها إلى الإمام ، فلينظر لها ويزوجها .

قيل لابن القاسم : فهل للأولياء أن يزوجوها بغير أمر السلطان .

قال : إنما سمعت مالكًا يقول : ترفع أمرها إلى السلطان .

قال ابن المواز : وقال أشهب عن مالك : للإمام حينئذ أن يزوج .

قال ابن القاسم : وأما إن خرج تاجرًا إلى مثل إفريقية ونحوها ولم يرد المقام بذلك البلد فلا يزوجها ولى ولا سلطان ، وإن أرادته الابنة ، لأن مالكًا لم يوسع أن يزوج ابنة الرجل وهو غائب ، إلا أن تكون غيبة منقطعة .

قال عبد الوهاب : إذا غاب [ق / ٩ / ٣ ب] الأب غيبة إنقطاع ، فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروف إلا أن استئذانه يتعذر وهي بالغ ، فقد اختلف في جواز إنكاحها ، فقال مالك : يزوجها الإمام إن رفعت إليه .

وقال عبد الملك : لا يجوز إنكاحها بوجه في حياة الأب .

وقال ابن وهب : إن قطع عنها النفقة جاز إنكاحها برضاها ، وإن أجراها عليها لم يجز .

فوجه قول مالك : أن طول غيبته ضرر بها ، فهو كما لو عضلها .

ووجه قول عبد الملك : أنها ذات أب غير عاضل ، فلا تزوج عليه ، ولا تسقط ولايته لغيبته كالقريب الغيبة فهو كالحاضر .

ووجه قول ابن وهب : أن المراعاة دخول الضرر البين ، وذلك موجود مع انقطاع النفقة ، فيكون كالعضل .

قال : واختلف فيمن ينكحها ، فقيل : لا يزوجها إلا السلطان ، وقيل :

للأولياء أن يزوجوها برضاها .

فوجه الأول : أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها كالعضل ، فكان كالحكم على الأب ، وذلك يختص بالسلطان .

ووجه الثاني : أنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها برضاها ، فجاز ذلك لسائر الأولياء ، أصله : إذا مات .

وأما إذا انقطع خبر الأب فلم تعلم حياته ولا موته ، جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها .

وقال عبد الوهاب : ليس ذلك لهم إلا بعد أربع سنين [ق/ ٥١ / ٣ أ] من يوم فقد .

فوجه الأول : أن الظاهر من أمره الموت ، فجاز إنكاحها ، وأحسن أحوالها أن يجرى مجرى العضل ، فيجب إزالة الضرر عنها .

ووجه قول عبد الملك : أنه أنزلها بمنزلة المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره ، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له ، كامرأة المفقود من غيبة ، للولى حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره فوجب وبالله التوفيق .

وقال ابن حبيب : من قول مالك في امرأة الغائب أنه إن كان قريبًا كتب إليه الإمام ، وإن سافر انتظره فإن بعدت غيبته زوجها الإمام ، إلا في الأب فلا يزوجها إلا أن تطول غيبته جدًا فتزوج الأيم ، وأما البكر فلا إلا أن ينقطع بالسكنى في بلد منقطع بعيد قد يئس من رجعته ، وطال به كالعشرين والثلاثين سنة فزوجها السلطان ولا يفعل ذلك أحد من الأولياء ، فإن زوجها ولى لها دون السلطان في الغيبة البعيدة مضى النكاح ، وإن جهل السلطان أو الولى فزوجها في الغيبة القريبة لم يجز وفسخ إذا جاء الأب . وإن ولدت الأولاد ، وإن أجازه الأب لم يجز ، وقاله ابن القاسم.

ومن « المدونة » : وإذا رضيت ثيبًا بكفؤ في دينه وهو دونها في النسب والشرف، ورده أب أو ولى زوجها منه الإمام .

ولقد سألنا مالكًا عن نكاح الموالى في العرب ، فقال : لا بأس به .

قال عبد الوهاب : والكفاءة المعتبرة عندنا هي الدين دون النسب ، خلافًا لابى

حنيفة والشافعي في أنها النسب ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾[١]، وقوله ﷺ : « إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير »[٢]، فاعتبر الدين والأمانة دون النسب ، وقوله : « تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك »[٣] ، فأخبر عن أغراض النكاح وأمر بذات الدين ، وعليه العمدة .

م : **قيل لابن المواز** : ما تقول في الذى جاء عن عمر رضي الله عنه : لا تزوجوا النساء إلا الأكفاء فأى امرأة من قريش تزوجت غير كفؤ لها فرق عمر بينهما، وقال : « لا تنكحوا ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » .

قال : قد قال عمر رضي الله عنه غير هذا ، قال : دين الرجل حسبه وكرمه تقواه ومروءته خلقه ، فليس الحسب والشرف إلا في الإسلام والتقوى ،وما جاء عن رسول الله ﷺ ليس لأحد معه حجة .

وروى ابن وهب أن رسول الله ﷺ [قال :][٤] « إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فأنكحوه » ، قالوا : يا رسول الله وإن كان أسود ، فقال ﷺ : « إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير »[٥] .

وذكر ابن وهب أن بلالاً خطب بنتًا لبكير فأباه إخوتها وكانوا بدريين وأخبر بلال رسول الله ﷺ بذلك ، فغضب رسول الله ﷺ فبلغهم الخبر فأتوا أختهم فقالوا : ما لقينا من غضب رسول الله ﷺ من أجل بلال ، فقالت : قد جعلت أمرى بيد رسول الله ﷺ فأنكحها رسول الله ﷺ بلالاً .

ومن « المدونة » : قيل لابن القاسم : فإن رضيت بعبد وهى امرأة ثيب من العرب وأبى الأب أو الولى أن يزوجها [ق/ ١٠ / ٣ ب] منه ، قال : لم أسمع

---

(١) سورة الحجرات (١٣) .

(٢) أخرجه الترمذى (١٠٨٤) ، وابن ماجه (١٩٦٧) ، والحاكم (٢٦٩٥) ، والطبراني في « الأوسط » (٤٤٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه . قال الشيخ الألباني في «صحيح الجامع » (٢٧٠) : حسن .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) سقط من ب .

(٥) تقدم تخريجه .

من مالك فيه شيئًا إلا ما أخبرتك من نكاح الموالى في العرب ، ولقد قيل لمالك : إن بعض هؤلاء القوم فرقوا بين عربية ومولى ، فأعظم ذلك إعظامًا شديدًا ، وقال : أهل الإسلام بعضهم لبعض أكفاء لقول الله تعالى: ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾[1] .

وقال غيره : ليس الولى بعاضل في منعه ذات القدر من نكاح العبد ومثله ، لأن الناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا لها .

وقال المغيرة وسحنون : يفسخ .

قال عبد الوهاب : وهذا هو الصواب ، لأن الحرية من الكفاءة ، ولأن العار يدخل على الأولياء بوضع وليتهم نفسها تحت عبد ، فكان لهم منعها .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يكون الأب عاضلاً لابنته البكر البالغ في رد أول خاطب أو خاطبين حتى يتبين ضرره ، وإذا لم يعرف من الأب في ذلك ضرر لم يهجم السلطان على ابنته في إنكاحها ، ولاحد في رد الأب عنها الواحد والاثنين إلا أن يعرف ضرره وإعضاله لها ، فإذا تبين ذلك منه فأرادت الجارية النكاح، قال له الإمام : إما أن تزوجها وإما زوجناها عليك ، لأن النبي ﷺ قال : «لا ضرر ولا ضرار » [2] .

في إنكاح الأوصياء

قال مالك : وللوصى ووصى الوصى أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولى ، ولا نكاح للأولياء مع الوصى ووصى الوصى ، وهما أولى من الأولياء .

م : لأنها ولاية كانت للأب على ابنته فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته كولاية المال .

قال مالك : لو رضيت الجارية ووليها برجل ، والوصى يكره ، فلا نكاح لها ولا لهم إلا بالوصى ، فإن اختلفوا نظر السلطان في ذلك .

---

(١) سورة الحجرات (١٣) .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠) ، وأحمد (٢٨٦٧) ، والطبراني في « الكبير » (١٣٥٧٦) وفي « الأوسط » (٣٧٧٧) ، وأبو يعلى في « مسنده » (٢٥٢٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما . قال الشيخ الألباني في « صحيح ابن ماجه » (١٨٩٦) : صحيح .

قال مالك : فإن زوجها الولى برضاها من رجل وقد حاضت ، ولها وصى أو وصى وصى ، فلا يجوز له نكاحه .

قال ابن المواز : قال مالك : إذا زوجها أحد أوليائها برضاها كان للوصى أن ينقض نكاحها .

ومن « المدونة » : قال يحيى بن سعيد : الوصى أولى من الولى ويشاور الولى.

قال : فالوصى العدل مثل الأب .

قال ابن القاسم : ووصى ووصى الوصى في البكر وإن بعد كالوصى .

قال مالك : ويزوج الثيب الولى برضاها وإن كره الوصى ، وإن زوجها الوصى أيضًا برضاها جاز وإن كره الولى ، وليس هو كالأجنبي فيها .

قال ابن المواز :قال أشهب : وإنما الوصى في الثيب كالأب في الثيب .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو ولى ، إلا الأب وحده لأن النبي ﷺ أمر باستئذان اليتيمة ، ولا إذن إلا للبالغة .

قال في كتاب ابن المواز و « الواضحة » : وإذا قال الأب لوصى : زوج ابنتى فلانًا أو ممن ترضاه ، أو قال : زوجها فقط ، فهذه يزوجها الوصى قبل البلوغ ، وله إكراهها على ذلك بعد البلوغ كالأب.

وإن قال : فلان وصى فقط ، أو قال : وصى على بضع بناتي ، أو على تزويجهن ، فلا يزوجهن هذا حتى يبلغن ويرضين .

ابن المواز : قال أصبغ : لو كان الذى أمره الأب بتزويجه إياها رجلاً فاسقًا سكيرًا ، لم يجز ذلك عليها ، ولا يجوز ذلك للأب لو فعله بها ، وكان للسلطان أن يرد نكاحه عليها ، لأنه من الضرر وقد نهى الرسول ﷺ عن الضرر ، وكما لو دعت هي إلى تزويج مثل هذا لم يجز أن تجاب إليه .

قيل : فلو أوصى إليه فقال له : [ق/ ٥٢ / ٣ أ] زوج ابنتى من فلان بعد عشرين سنة ، أو قال له : ممن ترضاه .

قال : ذلك جائز لازم إذا فرض لها صداق مثلها ، وليس لها ولا للوصى أن

يأبيا ذلك إذا طلب ذلك من سماه الأب ، ويحكم له بذلك ، إلا أن يكون لها في ذلك حجة ، مثل أن يكون يوم أمره الأب بتزويجه مأمونًا مريضًا حسن الحال ، ثم خرج بعده إلى الفسق والدعارة ، والتلصص ، فيبطل الحاكم عنها وصية الأب ، سواء أحبته أو كرهته .

قيل : فلو كانت حجتها أن قالت : كان هذا الرجل يوم أمر أبى بإنكاحى منه خلواً من النساء وهو الآن قد تزوج بعده ، أو قالت : قد اتخذ السرارى فلست أدخل على الضرر، قال : ليس هذا ممن ترد به النكاح عن نفسها ، والأمر لها لازم .

م : وقع في بعض روايات « المدونة » فيمن قال : إن مت من مرضى فقد زوجت ابنتي من ابن أخى ، قال فيها سحنون : إنما يجوز ذلك إذا قبل النكاح ابن الأخ بقرب ذلك ولم يتباعد .

م : وهذه بخلاف مسألة أصبغ ، لأن هذا زوج ابنته بعد ، وإنما بقى إعلام الزوج ورضاه ، فلذلك اشترط إن قبل بالقرب ، وأما الآخر فإنما أوصاه أن يعقد ذلك الوصى إن رضى الزوج ،فلذلك جاز بعد الطول ، وهذا بيِّن .

وفي بعض حواشي الكتاب : إذا قال في صحته : إذا مت فقد زوجت ابنتي فلانة من فلان ابن أخى [ق/ ١١/ ٣ ب] أنه لا يجوز هذا عند ابن القاسم ، وبه قال أصبغ وابن المواز ، لأنه نكاح إلى أجل ، كما لو قال : إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتى من فلان .

وأشهب يجيز هذا .

قال أصبغ : وإن في المرض لمعمر أيضًا ، ولكن أهل العلم متفقون على إجازته وهو من أمر الناس ومن وصايا المسلمين في أمراضهم .

ومن « المدونة » : قال مالك : وأما الطفل الصغير فلأبيه أو وصيه أن يزوجه قبل بلوغه ، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء ، ووصى الوصى في ذلك كالوصى .

قال : ولأن للطفل أن يطلق إذا بلغ وليس ذلك للطفلة .

فصل

قال مالك : وللأب أو للولي أن يستخلف من يزوج ، وليس للأم أن تستخلف من يزوج ابنتها البالغ اليتيمة ، إلا أن تكون الأم وصية ، فإن كانت الأم وصية عليها أو على صبية غير ابنتها فهى أحق بعقد النكاح من الأولياء ، غير أنها لا تلى هذ عقد نكاحها ، ولكن توكل بذلك رجلاً بعد بلوغ الصبية ورضاها ، فأما قبل بلوغها فلا .

في المرأة يتزوجها رجلان ولا يعلم الأول منهما وولى المعتقة

[والولى يرضى] [(١)] بغير كفؤ ثم لا يرضى به في نكاح ثان .

قال مالك : وإذا وكلت المرأة كل واحد من وليها ، فزوجها هذا من رجل وهذا من رجل آخر ، فالنكاح لأولهما إذا عرف الأول ، إلا أن يدخل بها الآخر فهو أحق، وكذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : ترد للأول على كل حال .

ودليلنا : أنه إجماع الصحابة ، روى ذلك عن عمر والحسن بن على ومعاوية .

وقيل : إنه مروى عن على رضي الله عنهم ، ولا مخالف لهم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن لم يدخل بها واحد منهم ولم يعرف الأول ، فسخا جميعًا بطلقة طلقة، ولا قول لها : إن قالت : هذا هو ، ثم يبتدىء بنكاح من أحبت منهما أو من غيرهما .

قيل لابن المواز : فإن مات الأول منهما أو طلق قبل أن يدخل الآخر بها ، ثم دخل الآخر بعد موته أو بعد طلاقه ؟

قال : إن لم يعلم بذلك حتى دخل الآخر ثبت نكاحه كما لو دخل بها ، والأول حى لم يمت ولم يطلق ، ولا ميراث لها من الأول ولا عدة عليها منه .

وإن علم بذلك قبل دخول الآخر فسخ نكاح الآخر ، واعتدت من الأول وورثته، وكذلك إن طلق فإنه يفسخ النكاح الآخر على كل حال ، وذلك إذا كان عقد الآخر في حياة الأول قبل أن يموت أو يطلق .

---

(١) في أ : والولى.

وأما لو عقد بعد موته أو طلاقه فإنه إن تزوجها في عدة موته فسخ نكاحه ، لأنه ناكح في عدة .

وأما في طلاق فيثبت نكاحه ، إذ لا عدة عليها لأنه قبل البناء .

قيل : فإن دخول الآخر والأول حتى لم يطلق فأقر الولى الذى زوج الآخر أنه كان عالمًا بتزويج الأول .

قال :لم يقبل قوله بعد دخول الآخر ، إلا أن يقوم بينة أنه كان أقر عندهم قبل تزويجه بعلمه ، فيفسخ حينئذ نكاح الآخر فسخًا بغير طلاق ، ولكن لو أقر الآخر نفسه بعد دخوله بأنه قد كان بتزويج الأول عالمًا قبل أن يدخل بها لم يحتج إلى بينة وفسخ نكاحه بطلقة بائنة ، وكان لها الصداق كاملاً .

وقال عبد الملك : فسخًا بغير طلاق .

فصل

ومن « المدونة » : وإذا أعتق الأمة رجلان فكلاهما ولياها ، فإن أنكحها أحدهما بإذنها ، جاز ذلك على الآخر وإن لم يرض .

فصل

قال مالك : وإذا رضى الولى برجل ليس بكفؤ للمرأة ، فصالح ذلك الرجل زوجته فبانت منه ، ثم أرادت المرأة نكاحه بعد ذلك فامتنع الولى وقال : لست بكفؤ لها ، فليس ذلك له ، وإذا رضى به مرة فليس له أن يمتنع منه أخرى .

قال ابن القاسم : إلا أن يظهر منه على فسق أو تلصص أو ما فيه حجة غير الأمر الأول فذلك للولى ، وكذلك إن رضى لها بعبد على ما ذكرنا .

في توكيل المرأة أجنبيًا يزوجها ، أو قالت لوليها : زوجنى ممن أحببت

قال ابن القاسم : وإذا وكلت المرأة الدنية - مثل المعتقة والمسالمة والسوداء والمسكينة - أجنبيًا فزوجها وهي ببلد لا سلطان فيه أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولا ولى لها ، جاز ذلك .

وفي رواية أشهب عن مالك: أن الدنية وغيرها سواء ، لا يزوجها إلى ولى أو سلطان .

م : فوجه الأول : أنه لما لم يكن ولى وكان متناول السلطان بعيدًا صار ذلك ضرورة أباحت تزويج الأجنبى إياها ، لأنه ولى عام لقوله تعالى : ﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ﴾(١) .

ووجه الثانية : أن الولى العام لا يزوج مع حضور الخاص ، أصله : في غير الدنية .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك إن ولت من أسلمت [ق/ ١٢/ ٣ب] هي على يديه ، فإنه يجوز إنكاحه إياها ، وأما من أسلم على يديه أبوها وتقادم ذلك حتى يكون لها من القدر والغنى والآباء في الإسلام ما يتنافس الناس فيها، فلا يزوجها وهو كالأجنبى فيها .

قيل لمالك : فرجال من الموالى يأخذون صبيانًا من العرب تصيبهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا ، وتكون فيهم الجارية فيريد أن يزوجها .

فقال : ذلك جائز ، ومن أنظر لها منه ؟

يريد : إذا بلغت وأذنت ، وهذا إذا لم يكن لها أب ،وأما إن كان لها أب فلا ينكحها بغير رضى أبيها ، إلا أن يجعل ذلك الأب بيده، ونحوه في كتاب محمد .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وأما كل امرأة لها بال وغنى ، وقدر ، فإن تلك لا يزوجها [ق/ ٥٣ / ٣ أ] إلا وليها والسلطان .

قيل لمالك : فلو أن امرأة لها قدر تزوجت بغير أمر ولى فوضت أمرها إلى رجل، فرضى الولى بعد ذلك أيثبت النكاح ؟

فوقف فيه ، وقال ابن القاسم : إذا أجازه الولى بالقرب جاز ، وسواء دخل الزوج أو لا .وإن أراد فسخه بحدثان الدخول كان ذلك له وفسخه .

وأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان ذلك صوابًا ، ولم يفسخ ، وقاله مالك وغير واحد من الرواة .

قال سحنون : وقال غيره : لا يجوز وإن أجازه الولى ، لأنه عقده غير ولى .

قال ابن وهب عن مالك في موضع آخر : يفرق بينهما بطلقة ، دخل بها الزوج

---

(١) سورة التوبة (٧١) .

أم لا ، إلا أن يجيز ذلك الولى أو السلطان إن لم يكن لها ولى .

فأما المرأة الوضيعة مثل المعتقة والسوداء والمسالمة فإذا كان نكاحها ظاهرًا معروفًا ، فذلك عندى أخف من المرأة لها الموضع .

م : وهذا كله موافق لرواية ابن القاسم .

وتحصيل مذهب ابن القاسم فيها هو أنه إذا طال قبل البناء فلابد من فسخه ، وإذا طال بعد البناء فلابد من إجازته ، وإنما يخير الولى في القرب ، كذلك كان يدرسه بعد شيوخنا وهو بيِّن .

قال ابن القاسم : وإذا استخلفت المرأة على نفسها رجلاً فزوجها ، ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر ، فلما علما أجازه الأبعد ورده الأقعد ، فلا قول هاهنا للأبعد ، بخلاف التى زوجها الأبعد وكره الأقعد ، لأن ذلك نكاح عقده ولى وهذا نكاح عقده غير ولى ، فلا يكون فسخ هذا إلا بيد الأقعد ، وقاله مالك .

قال ابن القاسم : وإن غاب الأقعد وأراد الأبعد فسخه نظر فيه السلطان .

فإن كانت غيبة الأقعد قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل ، وإن كانت غيبة بعيدة نظر السلطان كنظر الغائب في الرد والإجازة ، وكان أولى من الولى الحاضر .

فصل

وإذا قالت المرأة لوليها : زوجنى ممن أحببت ، فزوجها من نفسه أو من غيره ، لم يجز حتى يسمى لها من يتزوجها ، ولها أن تجيز أو ترد .

وقد قال عبد الرحمن : إن زوجها من غيره جاز ، وإن لم يسمه ، وإن زوجها من نفسه فبلغها ذلك فرضيت به جاز ،لأنها قد وكلته بتزويجها .

م : فصار الخلاف إنما هو في الأجنبى خاصة وأما في نفسه فلا يجوز عليها إلا أن ترضى .

م : فوجه قوله : إذا زوجها من غيره لم يجز حتى يعلمها به ، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال وإن تساووا في الكفاءة .

ووجه قوله الثاني : فلأن تفويضها ذلك إليه رضى بما صنع .

وأما إذا زوجها من نفسه لم يجز حتى يعلمها في القولين ، لأنه يتهم في تقديم

حظه ومحاباته نفسه ، وكما لو أمرته ببيع سلعتها فباعها من نفسه أنها مخيرة عليه .

في القاضى يزوج المرأة من نفسه والأب يزوج ابنه وهو صامت ثم ينكر ، وتزويج مواليه الصغار والوصى إماء اليتامى

قال ابن القاسم : وإذا لم يكن للمرأة ولى فزوجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها جاز ، لأنه ولى من لا ولى له ، وإن كان لها ولى فزوجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها وأصاب وجه النكاح ولم يكن منه جور ، فليس لوليها فسخ ذلك، لأن في حديث عمر : « لا ينكح المرأة إلا وليها أو ذوو الرأى من أهلها أو السلطان »[(١)] . فقد جعل إليهم النكاح بينهم في هذا الحديث .

م : ولما جاز عقده عليها للأجنبى برضاها جاز عقده عليها لنفسه برضاها ، وقد أعتق النبي ﷺ صفية وتزوجها .

ابن المواز : قال ابن وهب : وأخبرني يونس عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أنه سأل عائشة زوج النبي ﷺ عن قول الله تعالى : ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ [(٢)] فقالت هي البكر اليتيمة تكون في حجر وليها فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يسقط لها في صداقها فنهوا أن ينكحوهن [ق/ ١٣ / ٣ ب] أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ويبغلوا بهن أعلى أعلى سنتهن من الصداق وإلا فلينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن[(٣)] .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضر صامت ، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن : ما أمرته ولم أرض وإنما صمت لأنى علمت أن ذلك لا يلزمنى ، فليحلف ويكون القول قوله .

وقد قال مالك فيمن زوج ابنه البالغ وهو غائب فأنكر أنه بلغه النكاح ، سقط النكاح والصداق عنه عن الأب ، فهذا عندى مثله وإن كان حاضرًا ، وابنه وأجنبى في ذلك سواء إذا كان الابن قد ملك أمره .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) سورة النساء (٣) .

(٣) أخرجه البخارى (٢٣٦٢) ، ومسلم (٣٠١٨) .

م : فإن نكل عن اليمين لزمه النكاح ، فإن شاء طلق وأدى نصف الصداق ، وإن شاء ثبت عليه .

وقد سئل ابن القاسم في « المستخرجة » عن الرجل يخطب المرأة إلى وليها فيزوجه ويشهد له ، فتنكر المرأة أن تكون علمت أو رضيت، أتستخلف ؟

قال : إن كان إلاشهاد على ذلك في المسجد وحيث يرى أنها لم تعلم فلا يمين عليها ، وإن كان الإشهاد ظاهرًا أو إطعامًا لوليمة أو إشهارًا في دارها وحيث يرى أنها عالمة ،فأرى أن تحلف بالله ما وكلته ولا فوضت إليه ذلك وما ظننت أن ذلك اللعب ولا ذلك إلا الطعام الذى صنع إلا لغيره ، ثم لا شيء عليها ، فإن نكلت عن اليمين لزمها النكاح .

م : فكذلك مسألة الابن ، وقد حكى عن أبى محمد أن اليمين إنما هو على الولد استظهارًا ، فإن نكل لم يلزمه شيء .

وقال غيره : إذا نكل طلق عليه ، ولزمه نصف الصداق ، والصواب كما قدمنا عن ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

قيل لابن القاسم : فإن رضى الابن بالنكاح وهو كبير وهو في عياله ، إلا أنه قال : لا أغرم من المهر شيئًا ، وقال الأب : إنما أردت أن يكون المهر عليك .

قال : قال مالك : لا يكون على واحد منهما من المهر شيء ، وتقع الفرقة بعد أيمانهما .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون قد دخل ، فإنه يحلف الأب ويبرأ ، ويكون ذلك على الابن وإن كان عديمًا ، إلا أن يكون الابن ممن يلى عليه فيكون ذلك على الأب، إلا أن يكون للابن مال .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومتى أعتق صبيًا صغيرًا أو صغيرة فزوجها قبل البلوغ ، لم يجز عقده عليها ، بخلاف الوصى الذى يجوز عقده على الصغير ، ولا يجوز عقده على الصغيرة لأن النبي ﷺ أمر باستئذان اليتمية ، ولا إذن إلا للبالغة ، وللوصى إنكاح إماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر لليتامى وطلب الفضل لهم ، وكما يجوز بيعه وشراؤه على من يلى عليه ، فكذلك يجوز إنكاح إمائهم وعبيدهم

بعضهم من بعض أو من الأجنبـي [ق/ ٥٤ / ٣ أ] ، وقد تقدم أن للرجل أن ينكح عبده أو أمته وإن كرها ، وله جبرهما على النكاح .

فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق أو زاد فيه

قال مالك : ومن أتى إلى امرأة فقـال : إن فلانًا أرسلنى أخطبك له وأمرنى أن أعقد له نكاحه إن رضيت .

فقالت : قـد رضيت ، ورضى وليها وأنكحه ، وضـمن الخاطب الصداق ، ثم قدم فلان وقال : ما أمرته ، فلا يثبت هذا النكاح ولا يلزم الرسول شيء مما ضمن .

م : يعنى بعد يمين الغائب أنه ما أمره ، لأنه لو أقر له لزمه النكاح .

وقد قـال مالك في كتـاب ابن المواز في امرأة زوجهـا وليها وزعم أنهـا أمرته ، وأنكرت المرأة ذلك لما بلغهـا ، قال مالك : عليـها اليمين ، فإن حلفت سـقط عنها النكاح ، فهذا مثله .

م : وإنما لم يضـمن الرسول لأنه إنما ضمن لـها على تمام النكاح ، فـإذا انفسخ النكاح انفسخ الضمان .

وقال على بن زياد : ويضمن الرسول ما ضمن لها .

م : يعنى أنه يضمن نصف الصداق ، لأنه فسخ بطلاق قبل البناء ، فإنما يضمن ما كان على الزوج لو طلق .

ومن « المدونة » : قال مـالك : ومن قال لرجل : زوجنى فـلانة بألف ، فذهب المأمور فزوجه إياها بألفين ، فـعلم بذلك قبل البناء ، قيل للزوج : إن رضيت بألفين وإلا فرق بينكما إلا أن ترضى المرأة بألف فيثبت النكاح .

م : أراه يريد إنما هذا بعد أن يحلف الزوج أنه إنما أمر الرسول أن يزوجه بألف، فإذا حـلف قيل للمـرأة : إن رضيت بألف وإلا فـرق بينكما ، فـإن نكل الزوج عن اليمين لزمه النكاح بألفين ، وهذا إن كان على عقد الرسول بألفين بينة ، وإن لم يكن ثمَّ بينة إلا قول الرسول ، فـها هنا يكون الحكم فيها كاخـتلاف الزوجين في الصداق قـبل البناء تحلف الزوجة أن العـقد كـان بألفين ، ثم يقـال للزوج : ترضى بذلك أو فـاحلف أنك إنما أمرته بألف ، وينفـسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجـة بألف ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : وتكون فرقتهما تطليقة .

وقال المغيرة : بغير طلاق .

قال ابن القاسم : وسواء في ذلك قال له : زوجنى فلانة ، أو قال : زوجنى ولم يقل فلانة .

قال : وإن قال الرسول : أنا أغرم الألف التى زدت ، وأبى الزوج ، إنما أمرتك أن تزوجنى بألف درهم ، فلا أرضى أن يكون صداقى ألفين .

م : ولا أرضى حملك عنى ولا مِنتَّك عليّ .

قال مالك : فإن لم يعلما حتى دخلا ، لم يلزم الزوج غير الألف ولم يلزم المأمور شيء ، لأنها صدقته وللزوج جحدها الألف الزائدة ، والنكاح بينهما ثابت .

يريد : على عقد هذا النكاح [ق/ ١٤ / ٣ب] بينهما بألفين ببينة وليس على رضى الزوج والزوجة بالتسمية بينة .

قال ابن القاسم : وإن أقر المأمور بعد البناء بالتعدى غرم الألف الثانية والنكاح ثابت ، وإن دخل الزوج بعد علمه بتعدى المأمور لزمه الألفان ، علمت المرأة بتعديه أو لم تعلم .

وكذلك من أمر رجلاً أن يشترى له أمة بمائة درهم فاشتراها له بمائتين ، فوطئها الآمر بعد علمه بما زاد المأمور ، والبائع عالم بذلك أو غير عالم ، فعلى الآمر غرم مائتين .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا بنى الزوج قبل أن يعلم ، فإنه يحلف الزوج ما أمره إلا بألف وما علم بما زاد إلا بعد البناء ، فإن نكل غرم ، وإن لم يكن على أصل النكاح بألفين بينة غير قول الرسول حلف الزوج أيضًا ، إلا أنه إذا نكل هاهنا لم يغرم حتى تحلف المرأة على أن أصل النكاح كان بألفين ، لا على أن الزوج أمر الرسول بألفين ، فإن حلف الزوج أو لا فلها أن تحلف الرسول أنه أمره بألفين ، فإن نكل غرم الألف .

قال أصبغ : ولو نكل الزوج فغرم في الوجهين ، فله أن يحلف الرسول ، فإن نكل غرم .

قال ابن المواز : هذا غلط ، ولا يمين للزوج على الرسول ، إذ لو أقر بالتعدى لم

يكن بد من يمين الزوج ، لأنه لما ترك اليمين فقد ألزم ذلك نفسه .

م : يريد محمد : لابد من يمين الزوج أنه علم بما زاد إلا بعد البناء ، فإذا نكل عن ذلك لزمه الغرم ،فلذلك لم يكن له على الرسول يمين .

قال أصبغ : وهذا فيما يشبه أن يكون صداقًا ، وإن كان دون صداق مثلها وقد بنى فيحلف وعليه ما أقر به ، وإن لم يشبه أن يكون صداقًا وجاء بأمر مفرط مثل الدينارين والثلاثة والخمسة في ذوات القدر واليسار فيحلف قبل البناء ، وإن بنى حلف وبلغ بها صداق مثلها على تزويج التخفيف والصلة والقريب المواصل .

قال ابن القاسم : وإذا أنكر الآمر ما زوجه به ، ثم أقر ورضي بعد ذلك فإنه إن كان إنكار رد وفسخ لفعله ، فلا يجبره بعد ذلك ، قرب أو بعد إلا بنكاح جديد ، وإن لم يكن على الرد مثل أن يقول : أكثرتم عليّ وما أحب هذا ، أو ما أراني أرضى ، وشبه هذا فلا بأس به وأن يجوز .

وإن طال الأمر ولم يقع ذكر سخط ولا رضى فلا يجوز ، إلا أن يأتنفا نكاحًا جديدًا حين لم يجزه حين علم ، ومماتهما لا يتوارثان ، وأما ما قرب فيتوارثان استحسانًا .

قال : ويحرم على آبائه وأبنائه ، رد ذلك أو رضيه ، وقاله أصبغ ، وذلك كله ما لم يدخل .

في النكاح يعقده ذمي أو عبد أو امرأة :

قال الله عز وجل : ﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ﴾[(١)] ، وقال تعالى : ﴿ **لا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ** ﴾[(٢)] .

قال مالك : فلا يجوز لنصراني عقد نكاح مسلمة ، كان أبًا أو غيره .

قال ابن القاسم : ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلم إن شاء ، لأنه ولي لها ، وإن كان لهذه النصرانية أخ مسلم فلا يعقد نكاحها من مسلم إن كانت من نساء الجزية لقول الله تعالى في أهل الكفر : ﴿ **مَا لَكُم مِّن وَلايَتِهِم مِّن شَيْءٍ** ﴾[(٣)] .

---

(١) سورة التوبة (٧١) .

(٢) سورة المائدة (٥١) .

(٣)سورة الأنفال (٧٢).

قال ابن المواز : وإذا زوجها مسلم فقد زوجها غير ولى ، كان أباً أو غيره .

قال عن ابن القاسم : وإن لم تكن من نساء أهل الجزية وقد أعتقها مسلم ، جاز أن يزوجها وليها المسلم أو مولاها بإذنها ، لأن ولاءها للمسلمين .

وأما إن كانت من نساء أهل الجزية فلا يزوجها مسلم من مسلم ولا من نصرانى، فإن زوجها المسلم من مسلم فسخ نكاحه لأنه زوجها إياه غير ولى ، وإن زوجها من نصراني لم أفسخه لأنه نصراني يزوج نصرانية بغير ولى ، ولسنا نعرض لهم في نكاحهم ، إلا أن المسلم الذى عقد نكاحها منه ظلم نفسه لما أعان على ذلك ودخل لهم فيه .

قال ابن المواز : قيل لأشهب : فالنصراني تكون له البنت النصرانية أيعقد نكاحها مع مسلم ؟

قال : نعم . قيل له : فإن كان الأب مسلمًا أيعقد نكاحها مع مسلم؟قال :لا .

وقال أصبغ : إن وقع لم أفسخه وهو نكاح ، لأن النصراني لا يعقد نكاحًا إلا كان عقد المسلم أصح منه ، وأفضل ، وإنما ولايتها في الحكم أولى من وليها المسلم، فإن لم يرغبوا فولت مسلمًا عقد نكاحها فهو أحب إليّ من وليها الكافر .

قال ابن المواز : وهذا غلط وخلاف لقول ابن القاسم [ق/ ٥٥ /٣ أ] ومالك مع غفلة عن الحجة ، لأن المسلم ليس ولى لها ، فإذا أنكحها من مسلم صار هذا المسلم قد تزوجها بلا ولى ، فنكاحه باطل .

قيل لابن القاسم : فإن كانت هذه النصرانية لا ولى لها أرادت نكاح مسلم ، أتولى مسلمًا يزوجها منه ؟

قال : لا ولا يزوجها إلا أهل دينها أساقفتهم أو بعض ولاتهم .

قيل له : فهل للسيد المسلم أن يزوج أمته النصرانية من نصراني أو غيره ؟ قال : نعم ، وليس هذا من قبل الولاية ولكن من قبل أنها ماله .

م : وأما تزويجه إياها من غير مسلم فجائز ، وأما من مسلم فلا يجوز ، لأن المسلم لا يجوز له نكاح الأمة الكتابية ولا يطؤها إلا بملك اليمين ، كان حرًا أو عبدًا، كانت لمسلم أو ذمى ولا يزوجها سيدها من غلام له مسلم ، قاله مالك في النكاح الثالث .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : والعبد والمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والنصراني والمرتد ليس منهم من يلى عقدة النكاح ، فإن عقد أحدهم نكاح ابنته البكر أو الثيب برضاها وابنة النصراني مسلمة لم يجز ويفسخ ، وإن دخل بها وللمدخول بها المهر بالمسيس .

قال مالك : ولو كانت ابنة العبد حرة فأراد أولياؤها إجازة ذلك لم يجز ، ولابد من فسخه ، لأن العبد [ق/ ١٥ / ٣ب] والمكاتب والمدبر لا يجوز لهم أن يعقدوا نكاح بناتهم ولا أخواتهم ولا إمائهم .

قال مالك في كتاب محمد : فيما عقده الأب العبد على ابنته أو غيرها ، أو فيما عقدته المرأة على ابنتها أو ابنة غيرها أو على نفسها ، يفسخ قبل البناء وبعده وإن ولدت الأولاد . وطال زمانه أجازه الأولياء أو كان بإذنهم ، كان خطب أو لم يكن . ويفسخ بطلقة ولها المسمى إن دخلت .

قال أصبغ : ولا ميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق لضعف الاختلاف فيه .

قال ابن القاسم : وكذلك عقد من فيه بقية رق .

قال مالك : وكذلك إن كانت المرأة أو العبد وصيين على التى عقد عليها ، فلا يجوز عقدهما ، إلا أن العبد الوصى أو المرأة الوصى أن يوليا أجنبيًا على العقد فيجوز وإن كره الأولياء .

وإن لم يكونا وصيين فلا يجوز عقدهما ولا استخلافهما .

قال ابن القاسم في « العتبية » : وإن كان العبد ذا إنفاذ ونظر فليحضر وليسمع من رأية ، وليس له في الاستخلاف شيء .

وقال في « الواضحة » : وإن جهل العبد فاستخلف غيره فعقد نكاح ابنته الحرة فسخ ذلك ، وإن فات بالبناء مضى ولم يفسخ .

قال في « العتبية » : وكذلك النصراني لا يزوج ابنته المسلمة ، ولا يستخلف من يزوجها ، ولا يطلب في ذلك رضاه ، إلا أن يكون وصيًا لرجل مسلم وأجازه الإمام فله أن يستخلف مسلمًا يلى عقد نكاح بنات الميت .

قال عبد الوهاب : وإنما لم يجز عقد العبد على النساء لأن الرق ينافي ولاية عقد النكاح ، لأن العبد ناقص نقصا أوجبه الكفر وهو أصل رقه ، فهو كالكافر فيه، ولأن كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقليد الحكم منع ولاية عقد النكاح على النساء كالنساء .

ومن « المدونة »: قال مالك : والعبد إذا استخلفه حر على البضع فليوكل غيره على العقد .

قال مالك : وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل إذا رده السيد ، ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده .

فصل

قال مالك : ولا تعقد المرأة نكاحًا على أحد من الناس ولا لابنتها ولكن تستخلف رجلاً يعقد لها النكاح إن كانت وصيًا ، ولها أن تستخلف رجلاً أجنبيًا وإن كان أولياء الجارية حضوراً .

قال سحنون : قال بعض الرواة : وذلك أن جميع من سميت ليس بولي ، فإذا استخلف أحد منهم على النكاح فليستخلف هو غيره ، بذلك جاءت الآثار والسنة .

وروى ابن وهب أن النبي ﷺ خطب ميمونة فجعلت ميمونة أمرها إلى أم الفضل فولت أم الفضل العباس فزوجها من رسول الله ﷺ [١].

ابن وهب عن أبي هريرة أنه قال : « لا تزوج المرأةُ المرأةَ ولا تزوج المرأة نفسها فالزانية هي التي تنكح نفسها » [٢] .

قلت لابن القاسم : فحديث عائشة رضي الله عنها حين زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير ، أليس قد عقدت كعائشة رضي الله عنها النكاح ؟

قال : لا أعرف ما تفسيره إلا أني أظن أنها وكلت من عقد نكاحها .

قال ابن المواز : ولا يثبت أنها عقدته ، فلا يحتج بمثل هذا ، وقد يقال فيمن فعل بأمره فعل أن الآمر فعله ، وكما جاء في بريرة أنها كانت مكاتبة فاشترتها عائشة

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

رضي الله عنها ، فصار ولاؤها لها وليس في الحديث أنها عجزت ، فلم يستقم إلا أن يقال : إنها عجزت ، لأنه لا اختلاف في أن ولاء المكاتب لمن عقد كتابته إلا أن يعجز ، فعلى هذا يحمل أمر عائشة في التزويج أنها أمرت من عقد النكاح ، وذكر حديث أبي هريرة أنه قال : « لا تزوج المرأةُ المرأةَ ولا تزوج نفسها فإن الزانية هي التي تنكح نفسها »(١) .

م : وذكر هذا الحديث عبد الوهاب عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تنكح المرأة نفسها »(٢) .

وقال غير ابن القاسم في « المدونة » : قد جاء حديث عائشة رضي الله عنها ولكن لم يصحبه عمل ، فهو كغيره من الأحاديث مما لم يصحبه عمل .

وقد جاء عن النبي ﷺ : « لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن »(٣) ، وقد أنزل حده على الإيمان وقطعه على الإيمان ، وروى عن الصحابة رضي الله عنهم أحاديث لم يعمل بها ، وأخذ عامة الناس والصحابة بغيرها فبقى الأول غير مكذب ولا معمول به ، فاترك ما ترك العمل به ولا تكذبه ، واعمل بما عمل به وصدقه ،قد صحب العمل قول النبي ﷺ : « لا تتزوج المرأة إلا بولي»(٤) ، وقول عمر : لا تتزوج المرأة إلا بولى ، وأن عمر فرق بين من يزوج بغير ولي .

وقال عيسى عن ابن القاسم : وللرجل أن يستخلف من شاء ، امرأة أو عبدًا أو نصرانيًا بعقد نكاحه .

قال : وتعقد المرأة على عبدها نكاحه ولا تعقد على أمتها .

وكذلك قال ابن حبيب : إن للمرأة أن تلى عقد نكاح من تلى عليه من الذكور، وكذلك في عبدها ، وأنها لا تعقد على من لا يعقد على نفسه أبدًا .

م : إنما يعقد على من له حل ما عقدت عليه يومًا ما .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم .

(٣) رواه البخاري في صحيحه، باب النهي بغير إذن صاحبه، حديث رقم(٢٣٤٣) [٢ / ٨٧٥] ومسلم في صحيحه، باب بيان نقصان الإيمان، حديث رقم (٥٧) [١ / ٧٦] ورواه غيرهما.

(٤) هذا الأثر لم أجده فيما لدي من مصادر ومراجع ورواه البخاري في صحيحه بلفظ «لا نكاح إلا بولي» باب ٣٧ [٥ / ١٩٧٠] ورواه غيره.

في النكاح بغير إذن الولى

روى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح المرأة بغير إذن وليها ، فإن نكحت [ق/ ١٦ / ٣ب] فنكاحها باطل فنكاحها باطل» ، وأعادها ثلاث مرات ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجرا فالسلطان ولى من لا ولى له»[١] .

قيل لمالك فيمن يزوج امرأة بغير أمر الولى بشهود أيضرب أحد منهم ؟

فقال : أو دخل بها ؟ قالوا : لا وأنكر الشهود أن يكونوا حضوراً .

فقال : لا عقوبة عليهم .

قال ابن القاسم : إلا أنى رأيت منه أنه لو دخل عليها لعوقبت المرأة والزوج الذى [ق/ ٥٦ / ٣ أ] أنكح ويؤدب الشهود أيضًا إن علموا .

قال ابن وهب : وروى عن عمر بن الخطاب في ركب جمعتهم الطريق فولت امرأة أمرها غير ولى فأنكحها رجلاً منهم ففرق عمر بينهما وعاقب الناكح والمنكح ، وكتب به عمر بن عبد العزيز إلى أيوب بن شرحبيل : أيما رجل نكح امرأة بغير إذن وليها انتزع منه امرأته وعاقب الذين أنكحوا .

قال مالك : ويكره للرجل أن يتزوج امرأة بغير إذن وليها .

قال ابن القاسم : فإن فعل كره له وطؤها حتى يعلم كوليها فيجيز أو يفسخ .

ولو أن امرأة استخلفت رجلاً فزوجها بغير إذن الولى فسخه الإمام أو وليها عند الإمام فليفسخه بطلقة بائنة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، ثم إن أرادته زوجها إياه الإمام مكانها وإن كره الولى إذا دعت إلى سداد وإن لم يساو حسبها ولا غناها وكان مرضيًا في دينه وعقله ، وهذا إذا لم يكن دخل بها .

م : يريد : ولو كان دخل بها لم ينكحها حتى تستبرئ بثلاث حيض .

م : وذكر عن أبي عمران في قوله : وهذا إذا لم يكن دخل بها ، قال : إن كان الاشتراط من قول ابن القاسم فهو خلاف الذي ذكر ابن حبيب ، والذى ذكر ابن حبيب ، قال : قال مالك : إن كان نكاحًا ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها في

---

(١) تقدم تخريجه .

الاستبراء منه ، وإن كان للولى أو السلطان إجازته فله أن يتـزوجها في عدتها منه قبل تمامها .

قال أبو عمران : فإن كان هذا الاشتراط من لفظ سحنون فقد مر على مذهبه ، لأنه قال في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيـز السيد نكاحه : أنه يستبرئ بعد إجازة السيد وقاله ابن الماجشون معه .

وكذلك كل عقـد كان فاسدًا ثم أجيـز ، فلابد فيه من الاستـبراء ، بخلاف من تزوج بصداق فاسـد ، هذا إذا ثبت بالدخول لا استبراء فيـه ، وكذلك كالذى يكون عقدًا صـحيحًا ثم يطؤها وطءًا فاسـدًا ، مثل وطء الحائض والصائمـة في رمضان لا استبراء في هذا الوطء .

م : لأن الاستبراء في مثل هذا إنما يقع في ابـتداء النكاح أو ما ضارعه مما للولى فسخه أو إجـازته، كابتداء نكاح ، وأما نكاح لا تعقب لأحد في إجازته فـلا استبراء في وطئه .

م : يريد : ولو كان دخل بها لم ينكحها حتى تستبرئ بثلاث حيض .

قال ابن القاسم : وإن كان وليه غـائبًا وقد استـخلف رجلاً فزوجهـا ، فرفعت أمرها إلى الإمام قـبل قدوم وليها ، نظر الإمام في ذلك وبعث إلى وليـها إن قرب ، وإن بعد نظر كنظر الغائب في الرد والإجازة .

وقال غـيره : إن كانت غـيبة الولى بعيـدة لم ينـتظر ، وينبغي للإمـام أن يفرق بينهمـا ويأتنفا نكاحها منه إن أرادته ، ولا ينبـغي أن يثبت نكاح عقده غـير ولى في ذات الحال والقدر .

قال ابن القاسم : وإذا تزوجت امرأة بعبد بغير إذن الولى ، فأراد الولى أن يفرق بينهمـا ، فالفرقة في مثل هذا لا تـكون إلا عند السلطان إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه .

وإن تزوجت ولـم تستخلف أحدًا لم يقر هذا النكاح في دنية ولا غيرها ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد ، لأنها هي عقدت النكاح ، ولا يجوز ذلك على حال .

قال ابن القاسم : ويدرأ عنها الحد ، وأن زوجها وليـها من رجل ثم طلقها ذلك الرجل ، ثم خطبها ، فليس له نكاحها إلا بعقد الولى أيضًا ، والنكاح الأول والثاني

سواء .

وقال ابن القاسم : من أعتق أم ولده وله منها أولاد رجال ، ثم أنكحها سيدها من نفسه أو من غيره برضاها ، جاز وإن كره ولدها ، لأن المولى ولى وبالله التوفيق.

في النكاح الذى يفسخ بطلاق أو بغير طلاق

قال مالك : كل نكاح يكون للولى أو لأحد الزوجين أو لغيره إمضاؤه أو فسخه، فإنَّ فسخه إياه بطلاق وتكون تطليقة بائنة .

قال ابن القاسم : ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، مثل التى تتزوج بغير أمر الولى فيطلقها الزوج قبل البناء أو بعده . فإنه يلزمه ما طلقها .

وكذلك إن خالعها على مال أخذه منها قبل أن يجيز الولى ثم أبى الولى أن يجيز، فإن الزوج يحل له مما أخذ منها ، لأن طلاقه يقع عليها بما أعطته .

قال ابن القاسم : لأن فسخ هذا النكاح عند مالك لم يكن على وجه تحريم النكاح ، ولم يكن عقده بالأمر البين ، وقد سمعته يقول : ما فسخه بالبين ، ولأنه أحب إلىّ .

فقلت له : أترى أن يفسخ وإن أجازه الولى ؟ فوقف عنه ، فعرفت أنه عنده ضعيف .

وقال غيره في التي خالعها على مال : يرد المال لأن للولى الإجازة أو الفسخ مثل التى تتزوج رجلاً فتختلع منه ، ثم يظهر أنه كان مجنونًا أو مجذوما ، فالخلع ماض وترجع عليه بما أخذ منها لأنها [ق/ ١٧ / ٣ب] أملك لفراقه .

وقال ابن القاسم غير مرة هو وأكثر الرواة : إن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، مثل نكاح الشغار ونكاح المريض والمحرم ، وما كان صداقه فاسدًا أو عقد على أن لا صداق فيه فأدرك قبل البناء فكانا مغلوبين على فسخه ، فالفسخ في ذلك كله بغير طلاق ، ولا يقع فيه طلاق ولا ميراث فيه .

قال ابن القاسم : وما عقدته المرأة على نفسها أو على غيرها وما عقده العبد على غيره ، فإن هذا يفسخ قبل البناء وبعده بلا طلاق ولا ميراث فيه ، وهكذا قال مالك : إن كل نكاح يفسخ على كل حال فالفسخ فيه بغير طلاق .

م : وقد تقدم لمالك في كتاب محمد : أن ما عقدته المرأة على نفسها فالفسخ فيه بطلاق .

قال ابن القاسم : وكل ما فسخ بعد البناء مما فسد لعقده ففيه المسمى ، وما فسخ من جميع ما ذكرنا قبل البناء فلا صداق فيه وترده إن قبضته .

م : وإنما قال ذلك لقوله ﷺ : « فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها »(١) ، وفيه دليل أنه إن لم يصبها فلا مهر لها .

قال ابن القاسم : وإن قذفها الزوج في النكاح الذى لا يقران عليه على حال لاعن لثبوت النسب فيه ، وإن ظاهر منها لم يلزمه ظهار منها لم يلزمه ظهار إلا أن يزيد بقوله : إن تزوجتك من ذى قبل ، فهذا إن تزوجها تزويجًا صحيحا لزمه الظهار ، وإن آلى منها لم يلزمه الإيلاء لأنه أمر بفسخ ، ولكن إن تزوجها بعد هذا النكاح المفسوخ لزمه الإيلاء ، لأنه لو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء ، ولو قال لها : والله لا أطؤك ، ثم تزوجها كان مؤليًا منها . عند مالك ، وإنما الظهار بمنزلة الطلاق .

ولو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء ، إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك فأنت طالق ، فهذا إن تزوجها فهى طالق ، وكذلك الظهار .

ثم قال ابن القاسم لرواية [ق/ ٥٧ / ٣ أ] بلغته عمن يرضاه من أهل العلم : إن كل نكاح نص الله تعالى ورسوله عليه السلام على تحريمه لا يختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق ، وإن طلق فيه قبل الفسخ لم يلزمه ولا يتوارثان كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة في عدتها أو على عمتها أو على خالتها أو على أمها قبل أن يدخل بها، ولا تحرم بهذا النكاح - إن لم يمس فيه - على آبائه وأبنائه ولا يكونان به إن مسها فيه محصنين .

وقال غيره في الذى يتزوج امرأة ولم يدخل بها حتى تزوج ابنتها ، فعلم بذلك وفسخ نكاح الابنة : إن الابنة لا تحل لآبائه ولا لأبنائه لشبهة العقد.

م : وقول الغير يدخل في التى تتزوج على أختها أو عمتها أو خالتها وإن دخل بهن ، لأنها تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى ، وأما لو دخل بالأم ثم تزوج البنت، فسخ نكاحه قبل البناء ، فإنه لا تحرم هذه الابنة على آبائه ولا أبنائه في قول

(١) تقدم تخريجه .

ابن القاسم وغيره .

قال ابن القاسم : وكل ما اختلف الناس في إجازته أو رده فالفسخ به بطلاق ، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، كالمرأة تزوج نفسها أو تنكح بغير ولى ، والأمة تتزوج بغير إذن السيد ، لأن هذا قد قال خلق كثير : إن أجازه الولى جاز ، ألا ترى أنه لو زوجت امرأة نفسها فرفعت ذلك إلى قاض يجيز ذلك ، وهو رأى أهل المشرق فقضى به وأنفذه حين أجازه الولى ، ثم أتى قاضى ممن لا يجيزه ، أكان يفسخه ؟ ولو فسخه لأخطأ في قضائه ، وهكذا كل نكاح اختلف الناس في إجازته أو فسخه إذا رفع إلى قاض يحكم بإجازته ، ثم رفع بعد ذلك إلى غيره لم يكن له نقضه ، لأن غيره قد حكم به ، وهو مما اختلف فيه .

قال ابن القاسم : وكذلك نكاح المحرم والشغار بعينه أحب ما فيه إليّ أن يفسخ بطلاق ، ويكون فيه الميراث ، لأنه قد اختلف فيه .

م : وتحصيل ما يفسخ بطلاق أو بغير طلاق في قول ابن القاسم هو أن كل نكاح لأحد الوليين أو الزوجين إجازته أو فسخه ، فلم يختلف قوله : إن الفسخ فيه بطلاق، وإن كل ما نص الله تعالى ورسوله عليه السلام على تحريمه لا يختلف فيه ، فالفسخ فيه بغير طلاق .

واختلف قوله فيما اختلف الناس فيه ، فقال : يفسخ بغير طلاق .

وقال : بل بطلاق ، وكل ما فسخ بطلاق ففيه الميراث على قوله هذا ، وكل ما فسخ بغير طلاق فلا ميراث فيه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده فطلق امرأته قبل أن يجيز السيد نكاحه ، أو أعتقت أمة تحت عبد فطلقها زوجها قبل أن تختار ، فالطلاق لازم كان واحدة أو البتات .

فإن فسخ السيد نكاح عبده قبل البناء لم يجز للعبد أن يتزوج أمها .

وكذلك كل ما فسخ نكاحه قبل البناء مما اختلف الناس فيه فإنها لا تحل لأبيه ولا لابنه ، لأن كل نكاح اختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه ، كالحرمة في النكاح الصحيح الذى لا اختلاف فيه ، وقد روى عن مالك في رجل زوج ابنه البالغ المالك لأمره وهو غائب بغير أمره ثم أتى الابن فأنكر ما صنع أبوه ، قال : لا ينبغي للأب

أن يتزوج تلك المرأة .

قال مالك : وإن زوج أجنبى غائبًا [ق/ ١٨ / ٣ ب] بغير أمره فأجاز إذا بلغه، لم يجز هذا النكاح وإن رضى إذا طال ذلك ، ولا يتزوجها أبوه ولا أجداده ولا ولده ولا ولد ولده .

قال ابن القاسم : ولا ينكح هو أمها وينكح ابنتها إن لم يبن بالأم .

وقال المغيرة وابن الماجشون وابن دينار : إذا قدم الغائب فلم يرض ، فلا يقع بذلك التحريم ، وروى لمالك قال عبد الملك : وإن أجازه القادم ففسخناه ، فإن الحرمة تقع به حينئذ .

م : فوجه قول ابن القاسم : أنه نكاح اختلف في جوازه إن أجازه الزوج ، ولأنه يجوز عندنا إن أجازه بالقرب ، فوجب أن تقع به الحرمة كالنكاح الذى لأحد الزوجين إجازته أو فسخه .

ووجه رواية عبد الملك : أنه إنما تقع الحرمة في نكاح اتفق الزوجان على عقده بغير مؤامرة الولى وكان للولى الخيار فيه ، أو كان بأمر الولى فوجد أحد الزوجين بالآخر عيبًا فوجب له الخيار في فسخه ، فبهذا تقع الحرمة فيه لاتفاق الزوجين على عقده .

وأما الغائب فلم يأمر بنكاحه من هذه ولا رضيه إذا بلغه، فلا يجب أن تقع الحرمة فيه .

م : وإذ لا يشاء أحد أن يمنع رجلاً نكاح امرأة أراد نكاحها ، إلا ذهب إليها وأرغبها في الصداق وأنكحها من أبيه أو ابنه بغير أمره ، فأوقع الحرمة بينهما وهذا من الضرر .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده فللسيد أن يطلق عليه واحدة بائنة أو طلقتين جميع طلاق العبد .

م : لأنه لما نكح بغير إذن السيد صار طلاقه بيد السيد ، فله أن يبينها منه كما كان ذلك للعبد .

قال مالك : فإن طلق عليه طلقتين لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره .

وقال أكثر الرواة : لا يطلق عليه إلا واحدة ، لأن الواحدة تبينها وتفرغ له عبده.

قال مالك : وللأمة إذا أعتقت تحت العبد أن تختار نفسها بالبتات .

قال ابن القاسم : وإنما جعل ذلك لها مالك لأنه ذكر عن ابن شهاب في زبراء أنها قالت ففارقته ثلاثًا ، فبهذا الأثر أخذ مالك .

وكان يقول مرة : لا تختار إلا واحدة بائنة وقاله أكثر الرواة .

م : فوجه الأولى أنها ملكت ما كان يملكه من الفراق فلها إن تفارقه بما شاءت كهو.

ووجه الثانية : أن الواحدة تبينها منه وتملك نفسها بها ، فالزيادة على ذلك ضرر، وقد قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[1] فمنعت أن تضر به .

في إنكاح الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته وأمته وعبده كرهًا، وفي تزويج الأمة والعبد بغير إذن سيده

قال ابن القاسم : وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده .

قال ابن القاسم : فإن فعل لم يفسخ .

قال ابن حبيب : اختلف قول مالك في جواز إكراهه إياها على النكاح ، فأجازه مرة إذا زوجها ممن يشبهها ، ثم رجع فقال : لا يزوجها إلا برضاها ، وكان أحب إليه ألا يزوجها أصلاً على وجه التنزه .

قال ابن المواز : له أن يكره أم ولده ومكاتبته ومدبرته على النكاح .

وقال في كتاب المكاتب : ولا يزوج مكاتبته إلا برضاها .

ومن « المدونة » : قال مالك : وله أن يكره عبده أو أمته على النكاح .

قال في كتاب ابن المواز : وليس له أن يضر به [ق / ٥٨ / ٣ أ] فيزوجه ما لا خير فيه .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : ليس له أن يكره العبد .

---

(١) تقدم تخريجه .

ودليلنا قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾(١) ولم يشترط رضاهم ، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة ، ويقيس العبد على الأمة .

ابن المواز : قال مالك في العبد نصفه حر : لا يزوجه سيده إلا برضاه، ولا يتزوج هو إلا برضا سيده .

وكذلك الأمة نصفها حر لا يتم نكاحها إلا برضاها .

واختلف قوله في المعتقة إلى أجل ، فقال : يزوجها بغير رضاها .

وقال : لا يزوجها إلا برضاها .

قال أشهب : له أن يزوجها كما له أن ينتزع مالها ، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك .

قال ابن المواز : من له انتزاع مالها فله إكراهها ما لم يطلب بذلك ضررها .

م : يريد : فإذا قرب أجل عتقها لم يكن له أن يزوجها كرها كما ليس له أن ينتزع مالها ، وكذلك في « العتبية » عن ابن القاسم .

قال فيها في الموصى بعتقها إلى أجل وهى تخدم الورثة ، فليس لهم إكراهها على النكاح ولكن برضاها ، ولا لهم انتزاع مالها ، قرب الأجل أو بعد ، وقاله سحنون ، ولأنها به قومت في الثلث .

فصل

ومن « **الواضحة** » : قال ابن الماجشون : ولا يجوز أن يزوج عبده على أن الطلاق بيد سيده ويفسخ ، وإن بنى بها مضى ويبطل الشرط .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال مالك : ولا يتزوج عبد أو أمة بغير إذن سيده .

م :لقوله تعالى في آخر الآية بعقب ذكر الإماء : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾(٢).

وقال ﷺ : « أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر » .وهذا أبلغ شيء في

---

(١) سورة النور (٣٢) .

(٢) سورة النساء (٢٥) .

الخطر عليه ، رواه عبد الوهاب .

ومن « المدونة » قال مالك : ومن زوج [ق/ ١٩ / ٣ ب] أمة رجل بغير إذنه، لم يجز النكاح وإن أجازه السيد ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد .

قال ابن القاسم : ولو أعتقها السيد قبل علمه بالنكاح لم يكن بد من فسخه .

قال مالك : وإذا فرق بينهما بعد البناء فلا ينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد ، وإن كان نسب ما في بطنها يثبت منه.

قال ابن القاسم : وكذلك إن اشتراها الزوج في تلك العدة فلا يطؤها حتى تنقضي عدتها لفساد مائه .

قال مالك : وكل وطء كان فاسدًا يلحق فيه الولد ففرق بين الزوج والمرأة ، فلا يتزوجها حتى تنقضي عدتها .

ولو باع الأمةَ رجلٌ أو باعت هي نفسها بغير إذن السيد ، فأجازه السيد جاز ، فإن قال المشترى : لا أقبل البيع ، فلا كلام له والبيع لازم .

قال عبد الوهاب : تزويج الأمة بغير إذن السيد على وجهين :

فإن باشرت العقد على نفسها لم يجز وإن أجازه السيد فالنكاح فاسد ، ولا يلتفت إلى إجازة السيد ، لأن فساده في العقد لحق الله تعالى .

وإن ردت أمرها إلى رجل فعقد عليها فروايتان :

إحداهما : أنه كعقدها على نفسها ، لأن السيد يزوج بالملك وغيره يزوج بالولاية وذلك غير متفق ، وهذا مذهب « المدونة » .

والأخرى : أنه يجوز بإجازة السيد كما لو أذن لهذا العاقد لجاز عقده ، وكإذنه لغيره أن يعقد على نفسه فوقوعه بغير إذنه موقوف على الإجازة والرد .

قال ابن المواز : ومن اشترى جارية من رجل وهو يعلم أنها ليست له فوطئها ، فهو زان وعليه الحد ، وولده رقيق لسيد أمهم ، بخلاف أن لو زوجته الأمة نفسها وأخبرته أنها حرة ، وهو يعلم أنها كاذبة فيطؤها بعد العلم ، فلا يكون على هذا حد، ويلحق به نسب ولده ، وهم وأمهم رقيق لسيدها ، ويفسخ نكاحها لأنه تزوجها بغير إذن السيد ، وجعلت الولد رقيقًا لأنه تزوجها وهو عالم أنها أمة ، وهذا

إذا أشهد على إقراره قبل تزويجه إياها فلا ، لأنه يتهم أن يرق بذلك ولده ويدفع عن نفسه غرم النفقة فيهم ، فلا يصدق ويكونون أحرارًا ويلزمه قيمتهم .

قال أشهب : وإن كان عديمًا اتبع بقيمتهم دينًا ، ولا قيمة عليه فيمن مات منهم قبل ذلك ، ولا على الولد الموسر قيمة نفسه ، وإن كان الأب عديمًا .

ومن « المدونة » : قال : ولا ينكح أمة ولا عبد من رجلين إلا بإذنهما ، فإن عقد للأمة أحد الشريكين بصداق مسمى لم يجز ، وإن أجازه الآخر ويفسخ وإن دخلت ويكون بين السيدين الصداق المسمى إن دخلت ، فإن نقص عن صداق المثل ، أتم للغائب نصف صداق المثل إن لم يرض بنصف التسمية .

يريد : إن أخبره العاقد الزوج أنه إنما يملك نصفها ، فإما إن غره فقال : هي حرة أو قال : هي لي وحدى ، فهاهنا يرجع الزوج على العاقد بكل ما غرمه للشريك الغائب ، ويرجع على العاقد أيضًا بما دفع إليه إلا نصف ربع دينار .

قال ابن حبيب : وإذا نكح عبد بإذن أحد سيديه فللآخر أن يفسخ نكاحه ويأخذ من المرأة جميع ما أصدقها ، فيكون ذلك بيد العبد مع ماله ، إلا أن يجتمعا على قسمه ، ولا يترك لها منه ثلاثة دراهم إذا كانت تعلم أن للآذن فيه شريكًا ، فإن اقتسما الصداق أو ماله ، فلها أن تأخذ من الآذن حصته من الصداق ، ولو غرها الآذن ولم يعلمها ردت إلى العبد جميع ما أصدقها ، ورجعت هي بمثله على الآذن وإن استهلكته اتبعها الذى لم يأذن بجميعه ، واتبعت هي الآذن بمثله ، ولها اتباع ذمة العبد بجميع ما أخذ منها ، إلا أن يسقط عنها الذى لم يأذن فيسقط كله ، لأن الذمة لا تنقسم .

م : قول ابن حبيب كله موافق لأصله في « المدونة » إلا قوله : ويأخذ من المرأة جميع ما أصدقها ولا يترك لها ثلاثة دراهم إذا كانت تعلم أن للآذن فيه شريكًا ، فهذا خلاف « للمدونة » ، ففي « المدونة » بعد هذا أنه يترك لها ربع دينار .

م : وهو صواب لئلا يعرى البضع من صداق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو نكح العبد بغير إذن سيده فأجاز نكاحه ، جاز .

ابن القاسم : وهو في هذا بخلاف الأمة ، لأن العبد يعقد نكاح نفسه بإذن سيده وهو رجل ، ولا يجوز للأمة أن تعـقد نكاح نفسها ، فإن فـعلت لم يجز وإن أجازه السيد .

قال عبد الوهاب : وقال أبو الفرج : القياس ألا يصح نكاح العبد بوجه كالأمة، وهو قول الشافعي .

ودليلنا : أن العـقد لا يمتنع أن يقع على الفـسخ كنكاح العنين والخـصى والحرة للعبد وغير ذلك ، فإذا ثبت هذا فإن أجازه السيد جاز .

قال : وإن طلق فيما أجازه السيـد فله أن يرتجع ، وإن كره السيد ، لأن الرجعة من حقوق النكاح.

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا نكح العبد بغير إذن سـيده ، فقال السيد : لا أجيز ، ثم قال : قد أجزت ، فإن أراد بأول قوله فسخًا تم الفسخ ، ولم يجز النكاح وإن أجازه السيد . إلا بنكاح مستقبل .

وإن أراد أنه لم يرض ثم كلم فأجازه ، فذلك جائز إذا كان ذلك قريبًا .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ويصدق السـيد أنه لم يرد عزم الفراق في المجلس ما لم يتـهم ، وإن شك الـسيـد عـلى أي وجه خرج منـه ، فهو فـراق واقع ، قاله مالك .

وأما البيع فبخلاف ذلك ، إذا قال فيها بيع عليه [ق/ ٢٠ / ٣ ب] قد رضيت فقد تم للمشترى .

قال ابن القاسم : وإن أعتـقه السيد قـبل علمه بنكاحه ، جـاز نكاحه ولم يكن للسيد رده ، فإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه لم يكن للمبتاع فسخه ، وله أن يرضى بالعبد أو يرده ، فإن رده كان للبيع إذا رجع إليه أن يفسخ نكاحه أو يجيز .

م : قال بعض فقهائنا :ولو علم المشـترى بنكاحه فأقره ورضى به ثم اطلع على عيب قـديم ، أنه إذا رده بالعيب القديم رد مـعه ما نقـصه النكاح ، لأنه لما رضى به وأقره صـار كأنه عيب حدث عنده ، وإذ لا يسـتطيع البائع إن رد عليه بالعـيب فسخ نكاحه ، فوجب لذلك ألا يرده إلا بما نقصه ، ونحوه لأبى عمران وهو بيِّن .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : يخرج ذلك على القولين في الرد بالعيب ، فمن

رأى أنه نقص بيع فليس على المشترى ما نقصه ، لأنه إذا رده يرجع الخيار للبائع في فسخ النكاح أو إجازته ، ولا يلتفت إلى ما تقدم من رضى المشترى به ، لأن البيع قد انتقض .

م : فإن قيل : يلزم على هذا القول أن لو زوجه المشترى ثم رده بعيب أن يفسخ البائع نكاحه لانتقاض شراء المشترى .

قيل : هذا لا يلزم ، لأن الأول نكاح عقده العبد على نفسه ، وكان للبائع نقضه أو إجازته ، فإذا انتقض بيعه بقى على خياره كما لو لم يبعه ، وهذا عقد نكاحه مالكه ، ولم يكن لأحد بعد عقده نقصه ، فوجب ألا ينقضه البائع كما لا ينقض عتقه ولو أعتقه المشترى ولم يعلم بنكاحه فأراد الرجوع على البائع بقيمة عيب النكاح ، فذكر عن أبي عمران أنه قال : ليس له ذلك لحجة البائع أن لو لم يعتقه المشترى ثم رده عليه بعيب النكاح لكان للبائع نقض نكاحه ، فلما أفاته المشترى بالعتق لم يكن له الرجوع عليه بقيمة عيب لو رجع إليه أمكنه زوله .

ولو مات السيد قبل علمه بنكاحه كان لورثته من الخيار في رد نكاحه أو إجازته مثل ما كان للسيد .

وقد قال مالك فيمن حلف ليقضين غريمه حقه إلى أجل كذا إلا أن يشاء أو يؤخره ، فيموت الذى له الحق : فإنه يجزئه تأخير ورثته كما كان لصاحبهم .

في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه ونكاح الصغير، والسفيه بغير إذن وليه والوكالة على النكاح وقبض الصداق

قال مالك : ومن زوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يجز ، وإن أجازه الأب ، إلا أن يكون ابنًا قد فوض إليه جميع شأنه فقام بأمره ، فيجوز بإجازة الأب .

وكذلك في أمة الأب .

قال ابن القاسم : وكذلك الأخ والجد يقيمه هذا المقام .

قال ابن حبيب : وكذلك سائر الأولياء إذا أقامهم الأب هذا المقام .

قال ابن المواز : والحجة في هذا حديث عائشة رضي الله عنها حين زوجت بنت

أخيها عبد الرحمن فكلم في ذلك فرضى[١] .

قال مالك : وإنما كان ذلك لمثل عائشة رضي الله عنها لمكانها من رسول الله ﷺ .

قال ابن المواز : وإنما لم يجزئه نكاح الابن غير المفوض إليه ، وإن أجازه الأب، ولا في إجازه السيد تزويج أمته ، لأنه لا ولي لها غيرهما ولا شركة لهما معهما في أنفسهما ولا مشورة ، فهما بخلاف من لها المشورة مع الأولياء ، تولى أمرها غير الولي ، فلا يجوز إلا أن يجيزه الولي ، فإن لم يجزه فرق بينهما بطلقة .

قال مالك : إلا أن يطول مكثه معها وتلد الأولاد ، فلا أرى أن يفسخ .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : وإذا تزوج صبي صغير بغير إذن أبيه أو وصيه ، ومثله يقوى على الجماع ، فإن أجازه من يلي عليه جاز ، كبيعه وشرائه بغير إذنه يجيزه على وجه النظر له ، وإن أراد فسخه فسخه ، وإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق لها ، وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيمًا في طلب آبق فباعه وأتلف الثمن ، أن لرب العبد أخذه ولا شيء على اليتيم من المال الذى أتلف ولا يتبع به دينًا، بخلاف ما أفسد أو كسر .

قال ابن المواز : وكما لو اشترى شيئًا فأكله وأتلفه ، لنزع من البائع الثمن كله ، ولم يتبع الصغير بشيء .

قيل : فإن تزوج الصغير واشترط عليه شروط ، فأجاز ذلك وليه أو زوجه أبوه أو وليه بشروط فيها طلاق أو عتاق أو تمليك .

قال ابن المواز : لا يجوز من ذلك كله شيء إلا أن تكبر ويلزمها نفسه ويرضى بعد أن تبلغ .

قال ابن القاسم : فإن كبر وعلم بالشرط قبل الدخول ، فدخل عليه لزمه .

وإن علم به فلم يرضه قيل له : إما أن ترضى ، وإما أن تطلق ، ويكون عليك نصف الصداق .

---

(١) تقدم تخريجه .

ابن المواز : هذا قوله في كتابه في السماع ، وفي كتابه « المجالس » إذا بلغ وعلم قبل الدخول ، فإن شاء دخل ، وإن شاء فسخ ولا شيء عليه من الصداق ولا على ابنه إن كان يوم زوجه لا مال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا ، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط ،فيثبت النكاح على ما أحب الزوج أو كره وسقط عنه الشرط ، كان تمليكًا أو غيره ، لأنه لم يكن يلزمه قط ، وهو بمنزلة الرسول يزيد على ما أمره أن يزوجه به ، أو يشترط عليه غير ما أمره به فيعلم بذلك قبل البناء ، فإن رضى بذلك تم النكاح ، وإن كره لم يلزمه شيء وفسخ النكاح ، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط .

قال ابن المواز : وإذا لم يرد نكاح الصبى حتى كبر وخرج من الولاية جاز كالنكاح .

فصل

قال ابن حبيب : والسفيه كالصغير يجوز عليه [ق/ ٢١ / ٣ ب] إنكاح أبيه إياه وإن كره .

وقال ابن الماجشون : لا يزوجه من يلى عليه إلا برضا .

م : ورواية ابن حبيب عن ابن الماجشون ، وهي موافقة لظاهر « المدونة » والله أعلم، وذلك أنه قال في كتاب الخلع : إذا زوج الوصى يتيمه وهو بالغ سفيه بأمره ، أو زوج السيد عبده بغير أمره فذلك جائز عليه ، فشرطه في السفيه دون العبد بأمره دليل على أنه لا يكرهه ، وهو الصواب إذ لا يؤمن منه أن يطلق إذا أجبره على النكاح فيؤدى ذا إلى إتلاف ماله .

ووجه قول ابن حبيب : أن الولاية ثابتة له عليه في الحال والبيع والشراء ، فله أن ينكحه اعتبارًا بالصغير .

قال ابن حبيب : وإن زوج السفيه [ق/ ٦٠ / ٣ أ] بغير إذن وليه ، فلوليه إجازته أو رده ، فإن رده بعد البناء رد إليه جميع ما كان أصدقها إلا قدر ما كان يستحل به مثلها ، ولم يجزه مالك .

وقال ابن القاسم : يجتهد في ذلك السلطان فيترك للدنية ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك بما يراه .

وقال ابن الماجشون : لا يترك لها شيء ، لا ربع دينار ولا غـيره ، وإن كان لها قدر .

قال ابن حبيب : وهذا القياس ، وقول مالك استحسان.

م : الجارى على أصل « المدونة » أن يترك لها ربع دينار ، كانت دنية أو جيدة ، وهو قدر ما يستحل به فرجها ، كالعبد يتزوج بغير إذن السيد ، وهو الصواب إن شاء الله .

قال ابن حبيب : وإن لم يعلم بتزويجـه حتى مات أحدهما ، فـإن مات هو فلا ميـراث لها منه ولا صداق ، وإن ماتت هي فـالنظر لوليه ، فإن أجـازه أدى الصداق وأخذ الميراث ، وإن فسخه لم يرثها .

م : وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان ويمضى الصداق ، ولأن النظر فيه قد فات بالموت .

وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا .

قال أصبغ : إن مات هو لم ترثه وردت كل ما أعطاها إلا ربع دينار إن أصابها، وكذلك في حياته إن فسخه

قال ابن القاسم : هذا في الدنية ، ويجتهد في الزيادة لذات القدر .

قال أصبغ : بما يرى مما لا يبلغه صداق مثلها .

قال ابن المواز : ورواية ابن وهب عن مـالك في السـفيـه لا يترك لهـا إلا ربع دينار، فصار فسخه ثلاثة أقوال :

قول : لا يترك لها شيئًا .

وقول : يترك لها ربع دينار .

وقول : فرق فيه بين الدنية وغيرها .

قال ابن المواز : ولو كان غير بالغ لم يترك لها شيء .

قال : وإن لم يرد نكاح الصبى حتى بلغ وخرج من الولاية جاز النكاح .

فصل

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : ولا يزوج المولى عليه ابنته إلا بإذن وليه، إلا أن يكون سفيها ضعيفًا ، فلا يكون له سخط ولا رضى ، وبناته كمن لا أب لهن .

قال ابن وهب : والولى أولى بإنكاح بناته وإمائه ، ولا أمر له مع وليه فيهن ، ويستحب له أن يحضر النكاح ، فإن لم يحضر لم يضره .

قال : وإن زوج هذا السفيه منهن أحدًا بغير أمر الولى كان للولى إجازته أو رده.

قال : وإن لم يكن له ولى فأنكح بناته ، جاز إذا كان ذلك صوابًا .

قال أصبغ : كله صواب جيد .

قال ابن المواز : إلا قوله إذا لم يكن له ولى ، فهو والأول سواء لابد من نظر السلطان فيه كنظر الولى ، فيجيز أو يرد على حسن النظر .

ومن « العتبية » قال أصبغ : قيل لأشهب : السفيه يزوج أخته ؟ قال : نعم ، وحسبته قال : إن كان ذا رأى ولا يولى عليه ، فذلك جائز وإن كان سفيها .

فصل

ومن « المدونة » : قال [مالك] [1] : وإذا وكلت المرأة وليًا يزوجها من رجل فقال لها الوكيل : قد زوجتك من فلان ، فأقرت أنها أمرته ، وقالت : لم تزوجنى، فلا قول لها ، والنكاح يلزمها إن ادعاه الزوج ، وكذلك الوكيل على بيع سلعة ، وإن وكلت المرأة على العقد وقبض الصداق ، فقبضه ثم ادعى تلفه كان كدين لها وكلته على قبضه فقبضه ثم ادعى تلفه ، فصدقته في الوكالة وكذبته في القبض .

فإن أقام الزوج أو الغريم بينة أنه دفع ذلك إلى الوكيل صدق الوكيل على التلف، وإن لم يقيما بينة بالدفع ضمنا ، ثم لا شيء لهما على الوكيل لأنهما صدقاه على الوكالة .

وأما الوكيل على بيع سلعة يقول : قبضت الثمن وضاع منى ، فهو مصدق لأن

---

(١) سقط من ب .

وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه والوكيل على عقد النكاح ليس له قبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة ، ولا يلزم الزوج دفع ذلك إليه ، فإن فعل ذلك ضمن .

م : وإنما كان وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر به وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه ، لأن وكيل البيع يسلم ما باع إلى المبتاع ، فعلى المبتاع تسليم الثمن إليه كما يسلم السلعة منه ، ووكيل النكاح لا يسلم البضع إلى الزوج ، فلم يلزم الزوج تسليم الصداق إليه ، ولو أن وكيل البيع إنما وكل على عقد البيع خاصة وتسليم السلعة على ربها لم يلزم المبتاع تسليم الثمن إلى الوكيل إلا بتوكيل عليه ، ويكون كوكيل النكاح .

م : والعلة في ذلك : أن من سلم السلعة له أن يتسلم ثمنها كما سلمها ، ألا ترى أن البائع [ق/ ٢٢ / ٣ ب] إذا سلم ما باع له انتقاد جميع ثمنه ، وإن لم يشترط نقده ، والمكرى عبده أو داره أو نفسه مدة لا يلزم المكترى نقد جميع الكراء إذا لم يكن عرف ولا شرط ، لأنه لم يتسلم جميع ما اكترى ، فإنما يلزمه أن ينقد كراء ما قبض ، وبالله التوفيق .

فيمن نكح بغير بينة أو سرًا أو نكح بغير صداق

ونهى الرسول ﷺ عن النكاح بغير بينة أو بغير صداق ، ونهى عن نكاح السر وأمر بإعلان النكاح ، ومر ﷺ هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولهواً ولعبًا ، فقالوا : ما هذا ؟ قالوا : نكح فلان يا رسول الله ، فقال : « كمل دينه هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح السر حتى يسمع دف أو يرى دخان » .

وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لا يجوز نكاح السر حتى يعلن به ويشهد عليه .

قال سحنون : وإن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كتب إلى أيوب بن شرحبيل أن مُرْ من قِبَلَك أن يظهروا عند النكاح الدفوف فإنها تفرق بين النكاح والسفاح ، وامنع الذين يضربون بالبرابط .

قال سحنون : والبرابط الأعود .

ومن كتاب محمد وابن حبيب : روى أن النبي ﷺ قال : « أظهروا النكاح واضربوا عليه بالغربال ، يعنى الدف المدور .

قال غيره : وهو مغشى من جهة واحدة .

قال ابن المواز : قال مالك : لا بأس بالدف والكبر .

قال أصبغ : يعنى في العرس خاصة ولا يعجبنى المزهر المربع .

قال : ولا يجوز الغناء في العرس ولا غيره إلا مثل ما كان يقول نساء الأنصار أو رجز خفيف لا بكثير ولا بطويل .

قال ابن حبيب : وقد أرخص في العرس إظهار الكبر والدف والمزهر ، وينهى عن اللهو بذلك في غير العرس .

قال : وكان النبي ﷺ يستحب الإطعام على النكاح عند عقده وعند البناء ، ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قلّ أو كثر .

قال أنس : ولم يولم على واحدة منهن مثل ما أولم على أم سلمة ، وكان ذلك الخبز واللحم ، وأولم على صفية بالصهباء بالسويق والثمر وقال ﷺ [ق / ٦١ / ٣ أ] لابن عوف : « أولم ولو بشاة » ، وقال : « أعينوا بلالاً على وليمته » ، وقد أبيح أن يولم أكثر من يوم ، وروى أن اليوم الثاني فضل والثالث سمعة ، وأجاب الحسن رجلاً دعاه في اليوم الأول ثم في الثاني ، ثم دعاه في الثالث فلم يجبه، وفعل ابن المسيب مثله .

قال ابن حبيب : إن دعا في الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة ، فذلك واسع سائغ ، وقد أولم ابن سيرين ثلاثة أيام ، فمن وسع الله عليه فليولم من يوم ابتنائه إلى مثله .

ومن « المدونة »: قال مالك : ومن تزوج بغير بينة على غير استتار فالنكاح جائز، ويشهد أن فيها يستقبلان وإن أقر الزوج والولى بالعقد ، ثم قالا أو واحد منهما : لم نشهد ، أشهدا الآن ، وليس لأحدهما فسخه .

يريد : في هذا كله قبل البناء .

قال ابن المواز : قال مالك : ولو دخل الزوج قبل أن يشهد فرق بينهما بطلقة بائنة ، وخطبها إن أحب بعد استبرائها بثلاث حيض .

قال ابن حبيب : ولا يحدَّان إن كان أمرهما فاشيًا ، وإن لم يكن فاشيًا حُدَّا ، كانا عالمين أو جاهلين .

قال : والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو معرفة ابتنائهما باسم النكاح ، وذكره وإشهاره فهو كالأمر كالفاشي من نكاحهما ، قاله لي ابن الماجشون وأصبغ .

وقال ابن القاسم : إذا لم يعذرا بالجهالة حُدَّا وإن كان أمرهما فاشيا ، ولم أجد من يقول ذلك .

قال عبد الوهاب : يصح عندنا عقد النكاح كمن غير إشهاد خلافًا لأبي حنيفة والشافعي .

دليلنا : لأنه عقد من العقود ، فأشبه سائرها ، ولأنه معنى يقصد به التوثق فلم يكن شرطًا في العقد كالرهن والكفالة ، فإذا ثبت أنه ليس بشرط في الصحة فإنه شرط في الكمال والفضيلة لقوله ﷺ :« لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » .

ومن « المدونة » : وذكر ابن وهب أن حمزة بن عبد الله خطب إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوجه إياها وليس معهما غيرهما ، وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله ﷺ حين قال لرجل : « ألا أنكحك آمنة بنت ربيعة بن الحارث ؟ » فقال : بلى يا رسول الله ، قال : « قد أنكحتكها » ، ولم يشهد .

ابن المواز : وقد فعل ذلك عمر حين زوج ابنته سودة من عروة ، أخبرنا به غير واحد .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا يزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق .

قال ابن القاسم : فإن زوجه بغير بينة أشهدا فيها يستقبلان وجاز النكاح ، وهذا إذا لم يكن دخل بها .

وإن زوجه إياها على أن لا صداق عليه فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده ، وكان لها صداق مثلها .

قال في الثاني :وقيل : يفسخ بعد البناء .

قال عبد الوهاب : والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾[١] [ق/ ٢٣ / ٣ ب] وقوله تعالى : ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٢] ، وقال ﷺ للذى خطب المرأة : « هل معك ما تستحلها به »[٣] .

ومن « **المدونة** » **قال ابن القاسم** : ولو زوجه ولم يذكر الصداق ولا شرط إسقاطه ، فهذا التفويض والنكاح جائز .ويفرض للأمة صداق مثلها ، لأن مالكًا قال ذلك في النساء ، والنساء يجتمع فيه الحرائر والإماء .

فصل

قال ابن القاسم : ومن عقد نكاحه ببينة واستكتم البينة ذلك عند العقد ، فالنكاح فاسد .

قال عبد الوهاب : خلافًا لأبى حنيفة والشافعي .

دليلنا قوله ﷺ : « هذا النكاح لا السفاح »[٤] ، ونهيه عن نكاح السر ، ولأن التراضى بالكتمان من صفة الزنا ، وذريعة إلى إضاعة الإنسان .

ومن « **الواضحة** » : وقول عمر في نكاح السر : لو تقدمت فيه لرجمت شديدًا في الزجر عنه .

وفي كتاب **ابن المواز** : إن عمر قال ذلك في نكاح كعقد بشهادة امرأتين ودخل بها .

قال ابن حبيب : ويفسخ نكاح السر وإن دخل ، إلا أن يتطاول بعد الدخول فلا يفسخ ، هذا قول مالك وأصحابه .

قال : وكل نكاح استكتمه الشهود وإن كثروا ، أو عقد على وجه الاستسرار وسئل الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة له أخرى ، أو يكتموا ذلك في منزل التى

---

(١) سورة النساء (٢٤) .

(٢) سورة النساء (٢٤) .

(٣) تقدم .

(٤)تقدم .

نكح ويظهروه في غيره ، أو يظهروه في المنزل ويكتموه في غيره أو يكتموه ثلاثة أيام ونحـوها ، فذلك كله من نكاح السـر ، يفـسخ ما لم يطل ، وكـذلك أخبـرني من سمعه من مالك .

ومن « **العتبية** » **قال أصبغ** : وسألت أشهب عمن عقد فلما فرغ استكتم البينة ، قال : إن لم يكن ذلك نيته ولا عليه نكح في ضميره ، فلا بأس به .

قلت :فإن نكح على ذلك في ضميره ؟

قال : فليفارق .

قال أصبغ : لا أرى أن يفسد النكاح إن لم يكن إلا ضمـيره في نفسه ، لأنه لا بأس أن يتزوج ونيتـه أن يفارق ، ولكن إذا كان مع ضميـره مواطأة بينه وبين المرأة أو الأولياء وأخذاه مأخذ الاستسرار فهو فاسد وليفارق .

ومن « **المدونة** » : وقال ابن شـهاب فيـمن نكح سراً وأشهـد رجلين : إنه يفرق بينهما وإن دخلا ، ولهـا مهرها بالمسيس وتعتد ثم إن شاءت نكحـته بعد العدة ،وإن فرق بينها قبل البناء فلا صداق لها ، ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما من ذلك .

وفي كتاب **ابن المواز** : روى ابن وهب عن مالك فيمن نكح بشاهدين واستكتمها ذلك ، أنه يفـرق بينهمـا بطلقـة ، ويكون لها صـداقهـا إن دخل بها ، ولا يعـاقب الشاهدان إن جهلا ذلك ،وإن أتيا ذلك بمعرفة أنه لا يصلح عوقبا .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : ومن زوج ابنته الثيب فأنكرت ذلك ، فشهد عليها الأب ورجل أجنبى أنها قد فوضت ذلـك إلى أبيها فزوجها من هذا الرجل، لم يجز إنكاحه ، لأنه إنما شهد على فعل نفسه وهو خصم .

وقد **قال مالك** في رجل وجد مع امـرأة في بيت فشهـد أبوها وأخوها أن الأب زوجه إياها : فلا يقبل ذلك ولا يجوز نكاحه ويعاقبان .

قال فـي كتـاب الحدود : وإن ثبت الوطء حُدًّا .وإذا نكح مـسلم ذمية بشـهادة ذميين لم يجز نكاحه ، فإن كان لم يدخل أشهد الآن مسلمين ولزمه النكاح.

قال يحيى بن سعيد : تجوز شهادة الأبداد في النكاح والعتاق .

فيمن نكح على أنه بالخيار أو إلى أجل مجهول أو بعضه مؤجل أو على أن لا ميراث بينهما

قال ابن القاسم : ومن نكح على أن الخيار له أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يومًا أو يومين ، لم يجز ويفسخ قبل البناء ، إذ لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا ، وإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى ، وكذلك الجواب [ق/ ٦٢ / ٣ أ] فيمن يزوج امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فلا نكاح بينهما ، وقد كان مالك يقول : إن النكاح يفسخ بعد البناء ، لأن فساده في عقده ، ثم رجع فقال : يثبت بعده ولها صداق المثل .

و**قال ابن القاسم** في كتاب محمد : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

قال ابن المواز : وإن شرط إن لم يأت به إلى أجل كذا فأمرها بيدها ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه يفسخ ما لم يدخل .

وروى عنه أشهب أنه جائز ، وكذلك **قال ابن القاسم** وأشهب وأصبغ ، دخل أو لم يدخل ، لأنه شرط لازم .

ومن « المدونة » قال : ومن نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاءت المرأة ، جاز ذلك .

وإن كان أيهما شاء الزوج لم يجز ، وكذلك البيع .

قال سحنون : هما سواء ، إذا قال : أيهما شئت أنت أو شئت أنا فالنكاح جائز في الوجهين ، وكذلك في البيع .

قال ربيعة ومالك : الصداق ما وقع به النكاح .

فصل

قال مالك : ولا يجوز النكاح إلى أجل ، قرب أو بعد ، وإن سمى صداقًا ورضي بذلك الولي ،فالنكاح باطل ويفسخ ، دخل بها أو لم يدخل ، وهذه المتعة ثبت عن النبي ﷺ تحريمها .

قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته : [ق/ ٢٤ / ٣ب] إذا مضى شهر فأنا

أتزوجك ، فرضيت ورضى الولى ، فهذا النكاح باطل لا يقام عليه .

ومن نكح وفي نفسه أن يفارق فليس من ذلك ، ومن زوج امـرأة بصداق بعضه معـجل وبعضـه مؤجل إلى سنة ، فـلا يعجـبنى هذا النكاح ، وليس هذا نكاح من أدركت .

قال ابن القاسم : فإن نزل ذلك جاز النكاح ، وكـان للزوج إذا أتى بالمعجل أن يدخل بها وليس لها منعه ، ويتأخر بقـية الصداق إلى أجله ، وإن كان إلى أجل بعيد جاز ما لم يتفاحش بعد ذلك ،وأن يزوجها بصداق نصفه نقد ونصفه على ظهره .

فإن كـان الذى على ظهـره يحل عندهم بالبناء جاز ، وإن كـان لا يحل إلا إلى موت أو فراق لم يجز النكاح وفسخ قبل البناء وثبت بعده وكان لها صداق المثل ، إلا أن يكون صداق مثلها أقل مما عجل فلا ينقص من المعجل .

ولمالك قول : إن لها المعجل وقيمة المؤجل ، ولا يعجبنى .

م : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج بصداق على ظهره أنه إنما تحمل ذلك على العادة عندهم ، فـإن كانت العادة فيـه الحلول أخذ حالاً ، وإن كانت العـادة فيه إلى أجل معلوم فـهو إلى ذلك الأجل ، وإن كـان عرفهم أن يكون إلى مـوت أو فراق، فالنكاح مـفسوخ قبل البناء ، لأنهم وإن سـموه على ظهره فليس ذلك بأكـثر من أن يسموه دينًا عليـه ، وإنما يحمل الأمر فيه على عـادة بلدهم ، والذى يحل عند مالك بالدخول ، فـإنما تكلم على أن الدخول عنـدهم معلوم ، ولو تأخر عـن العادة التى يعرفونهـا لكان يلزمه أداء الصداق عند مالك ، إلا على قـول سحنون الذى يقول : إنهم إذا جعلوا المهـر إلى أجل ، فحل الأجل قـبل الدخول ، فلا يؤخـذ ذلك حتى يدخل .

قيل له : فما ترى في قول سحنون : إن الصداق بعد الدخول بالقرب لا يؤخذ؟

قال : كنا قد تكلمنا في هذا ، ثم وقع عندى أن ذلك لو كـان كما قال سحنون لكان يقـال : إن الصداق يكون إلى أجل مـجهول إذا رددنا الأمـر فيـه إلى اجتـهاد الحاكم، فلا يجوز النكاح على هذا .

قـال ابن المواز عن أصـبغ : ومن تزوج بمائة نقـدًا ومـائة إلى موت أو فـراق ، فتـركت المرأة الثانيـة للغرر، أو رضى الزوج أن يعـجلها - وذلك قـبل البناء - ثبت

النكاح .

وكذلك لو نكحت ببعير شارد أو عبد آبق أو جنين في بطن أمه ، ومع ذلك ربع دينار فصاعدًا ، فإن رضيت بربع الدينار وإسقاط ما معه من الغرر جاز .

ولو رضى الزوج بتعجيل قيمة العبد الآبق على غير إباق نقدًا ، تم النكاح ، وإذا لم يكن مع الآبق والجنين شيء فلا بد من فسخه ، وإن رضيا بصداق صحيح ، إلا أن يدخل .

وإن كان مع ذلك ربع دينار فلم يفسخ حتى رجع الآبق والشارد ، وخرج الجنين حيًا ،فإن لم ترض بربع الدينار فسخ النكاح ، إلا أن يرضى الزوج أن يدع لها ذلك فيجوز .

قال أصبغ : وإن في هذا [ ] [١] ولكنه قول أصحابنا ، والقياس فيه الفسخ إلا أن يبنى .

م : وهو ظاهر « المدونة » أنه يفسخ .

في شروط النكاح وجده وهزله

وقد أبطل الرسول ﷺ كل شرط [ليس] [٢] في كتاب الله ، وروى ابن وهب أن رجلاً زوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وشرط لها ألا يخرجها من أرضها ، فوضع عنه عمر هذا الشرط ، وقال : المرأة مع زوجها .

قال مالك : وليس لما يفسد به النكاح من الشروط **حد** .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على شروط تلزمه ، فصالحها أو طلقها طلق، فانقضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك بنكاح جديد لزمته تلك الشروط ما بقى من طلاق ذلك الملك شيء .

ولو شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على ألا يلزمه من تلك الشروط شيء، لم ينفعه شرطه وهي لازمة له في بقية طلاق ذلك الملك .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على ألا يتزوج عليها ولا يتسرى ، جاز النكاح

---

(١) بياض في أ ، ب .
(٢) سقط من أ ، ب .

وبطل الشرط .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على شروط ، وحطت عنه من مهر مثلها لتلك الشروط ، فإن كان كل ما حطت من ذلك في عقد النكاح ، لم يرجع به على الزوج وبطل الشرط ، إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق .

وإن حطت ذلك عنه بعد عقد النكاح على أن شرطت عليه تلك الشروط ، لزمه ذلك ، فإن أتى شيئًا مما شرطت عليه رجعت عليه بما وضعت عنه من المال فأخذته منه ، مثل ما تشترط ألا يخرجنى من مصر ولا يتسرى عليَّ ولا يتزوج عليّ .

وقال على بن زياد في النكاح الثاني : إن حطته في العقد من صداق مثلها كلما شرطت عليه لزمه ما حطته إن فعل من ذلك شيئًا ، وإن كانت الحطيطة مما ناق على صداق المثل لم يلزمه شيء ، ورواه ابن نافع عن مالك .

ابن المواز : ورواه أيضًا أشهب عن مالك ، وأخذ به ابن عبد الحكم ، وأخذ أصبغ وجميع أصحاب ابن القاسم ، وبه أقول .

ابن المواز : قال أشهب : وسئل مالك عمن خطب امرأة فواطأها على ستين دينارًا ، فلما أراد أن يتزوجها بذلك قال له [ق/ ٢٥ / ٣ ب] أبوها : هل لك أن أضع عنك عشرين دينارًا وأزوجكها بأربعين على ألا يخرجها من المدينة ، قال: نعم، فتزوجها على ذلك ، ثم أراد أن يخرجها .

قال مالك : ذلك له وعليه العشرون التى وضعت له لمكان الشرط .

قيل له : إنه لم يقع النكاح بستين وإنما كانت مذاكرة ، أفتكون صداقًا ؟

قال : نعم ، وإنما الذى لا يكون لها عليه أن يقول : أتزوجك بمائتى دينار ثم أضع عنك مائة على ألا تفعل ، فهذا الذى ليس بصداق ، وله أن يفعل يخرجها ويتزوج .

قيل له : [ق/ ٦٣ / ٣ أ] فإن طلقها قبل أن يصيبها ؟

قال : **قال مالك** : إذا لا تأخذ إلا نصف الأربعين ، وليس لها في هذا حجة ، لأنه قد تركها على شرطها ووفي لها به ولم ينقضه حتى فارقها .

ابن المواز : وإنما قال ذلك مالك لأنه قد كان رضى بالستين لو لم تطرح عنه

منها شيئًا للشرط ،وهو مذهب أشهب وابن القاسم وابن وهب وعبد الملك ، وهذا الصواب إن شاء الله .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وإن أعطته مالاً على ألا يتزوج عليها ، فإن فعل فهى طلاق ثلاثًا .

قال : إن فعل وقع الطلاق وبانت منه ، ولم يرجع عليه بشيء لأنها اشترت طلاقها بما وضعت عنه .

فصل

قال ابن القاسم : وإذا قال الخاطب للأب في البكر أو إلى مفوض إليه : زوجنى فلانة بمائة دينار ،فقال: قد فعلت ، ثم قال الخاطب: لا أرضى ، لم ينفعه ذلك ولزمه النكاح ، بخلاف البيع ، لأن ابن المسيب قال : ثلاث ليس فيهن لعب هزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق .

وقال أبو بكر بن اللباد : وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » [(١)] .

وقال على بن زياد في « المستخرجة » : لا يجوز نكاح هزل ولا لعب ، ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، وبالأول أقول وألزمه النكاح .

في نكاح الخصى والمجبوب والعبد ومن فيه بقية رق

قال الله عز وجل : ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ** ﴾[(٢)] .

قال مالك : ويجوز نكاح الخصى وطلاقه ، ويجوز نكاح المجبوب لأنه يحتاج إلى أشياء من أمور النساء .

قال مالك : أحسن ما سمعت : أن للعبد أن يتزوج أربعًا إن شاء حرائر أو إماء لقول الله تعالى : ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ** ﴾ [(٣)] الآية .

قال مالك : وحد العبد في الفرية أربعون جلدة وطلاقه طلقتان .

---

(١) سبق تخريجه.

(٢، ٣) سورة النساء (٣) .

قال أبو محمد : وجعل الله حد العبد نصف حد الحر لقوله تعالى : ﴿ **فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ** ﴾ (١) والطلاق من معنى الحدود ويجر إلى ما يوجبها .

قال مالك : وأجله في العنة والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر .

م : لأنه مما يجر إلى الطلاق .

قال مالك : وكذلك سائر حدوده ، وكفارته في الظهار والإيلاء وفي كل الكفارات كالحر .

م : لعموم الآية .

قال مالك : إلا أنه لا يجزئه العتق في الكفارات إذ الولاء لغيره .

قال مالك : والصوم في كفارة اليمين أحب إليَّ ،فإن أطعم أو كسى بإذن سيده رجوت أن يجزئه ، واستثقل مالك أن يتزوج العبد ابنة مولاه .

م : وإنما استثقله خوفًا أن يهلك مولاه فترثه ابنته وتملك العبد ويفسخ النكاح .

وأجاز ابن القاسم للعبد والمكاتب أن يتزوج ابنة مولاه .

م : لأنه حين النكاح ليس بعبد لها فنكاحه جائز ،. فلا يراعى موت سيده . لأن من أصلنا ألا يترك أمرًا واجبًا لأمر قد يكون أو لا يكون .

قال ابن القاسم : ومن زوج عبده فالمهر على العبد ، إلا أن يشترطه السيد على نفسه .

م : لأن سبيل العوض أن يكون على المعوض إلا أن يكون شرط فيعمل عليه .

قال ربيعة : وإن خطب عليه السيد وسمى ، فالصداق على السيد ، وإن أذن له فنكح فذلك على العبد ، فللحرة ما سمى وكذلك للأمة ، إلا أن يجاوز ثلث قيمتها .

م : ووجه هذا أنه إذا خطب عليه ، وسمى فهو كالوكيل على الشراء فالثمن عليه ، وإن قال : اشتري لفلان ، إلا أن يقول : فلان ينقدك دونى ، وإن أذن له فنكح فالعبد هو المشترى وعليه الثمن .

---

(١) سورة النساء (٢٥) .

وقوله في الأمة : إلا أن يجاوز ثلث قيمتها ، فكأنه رأى أن ذلك أعلى صداق الأمة ، لأن النكاح إنما عمدة الفرض فيه الوطء ، فشبه الوطء بالجائفة التى فيها ثلث الدية وفي الأمة ثلث القيمة .

م : وقول ربيعة كله خلاف لقول مالك .

ومن « المدونة » : وإذا تزوج عبد أو مكاتب بغير إذن سيده ونقد المهر وبنى ، فللسيد فسخه ، ويترك للمرأة ربع دينار وترك ما بقى ، فإن أعدمت اتبعت به ، فإن عتق العبد أو أدى المكاتب اتبعته الزوجة بما أدت إن غرمها ، وإن بيَّن لها أو أخبرها أنه عبد فلا شيء لها ،وإن أبطله السيد عنه أو السلطان قبل العتق لم يلزمه شيء إن عتق .

وكذلك ما تداينه العبد بغير إذن سيده ، وإن لم يعلم السيد بنكاح عبده أو مكاتبه إلا بعد العتق ، فلا كلام له والنكاح ثابت .

وكذلك ما أعتقه أو وهبه أو تصدق به ، وكل ما لزم ذمة العبد يزيد من صداق نكاح بإذن السيد أو تجارة أذن له فيها فلا تأخذه الغرماء من خراجه [ق/٢٦ / ٣ب] وعمل يده .

قال ابن القاسم : ولا مما فضل من ذلك بيده .

قال مالك : وإنما يأخذون ذلك مما أفاده العبد بهبة أو صدقة أو وصية ، فإن عتق العبد يوما ما اتبع بذلك ، وكل دين لحق العبد المأذون له في التجارة كان دينه فيما في يديه وفيما كسبه في التجارة دون خراجه وعمل يده ، ويضرب فيه السيد بدينه مع الغرماء .

يريد : ما داينه به لا ما استنجده به .

في ملك أحد الزوجين صاحبه وهما عبدان أو حران

وأجمعوا أنه لا يجوز نكاح بين امرأة وعبدها ، وبين حر وأمته ، فوجب بذلك إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بعد النكاح أن يفسخ النكاح ، ولا يجتمع ملك ونكاح.

م :وإنما لم يجتمع ملك ونكاح لأن الحقوق فيه تتعارض فيؤدى ذلك إلى بطلانها، وذلك أن الحرة إذا تزوجت عبدها فمعلوم أن نفقة الزوجة على زوجها ونفقة

العبد على سيده ، فإذا طلبت الزوجة في هذا نفقتها من زوجها الذى هو عبدها طلبها هو بنفقته ، فأدى ذلك إلى إبطال النفقة عن كل واحد منهما ، وذلك خلاف السنة ، وذلك إذا تزوج ، ولأن الرجل إذا تزوج أمته ، فالزوجة لها عليه حق في الوطء ، وليس ذلك للأمة ، وإذا طلبته بالوطء بالزوجية طلبها فدفعها عنه بالملك، ولم يصح لها مرافعته في الإيلاء منها مخالف في ذلك الكتاب والسنة وإجماع الأمة وبالله التوفيق .

قال مالك : وإذا اشترى المكاتب والمأذون له زوجته انفسخ النكاح فسخًا بغير طلاق .

م : لأنه أمر مجتمع على فسخه ، فهو كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة.

قال مالك :ويطؤها بملك اليمين .

قال مالك : وإذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فسخ النكاح .

قال ابن القاسم : وتتبعه بمهرها ، لأن مالكًا ، قال فيمن داين عبدًا ثم اشتراه: إنه يتبعه بدينه .

قال : وإن اشترته قبل البناء فلا مهر لها [ق/ ٦٤ / ٣ أ] .

قال سحنون : ألا ترى أنها وسيده اعتريا فسخ نكاحه ، فلا يجوز شراؤها له وتبقى له زوجة إذ الطلاق بيده ، فلا يخرج من عصمته بالضرر ، وفي النكاح الثاني شيء من هذا .

قال مالك : ولا يتزوج الرجل مكاتبته ، ولا المرأة مكاتبها ، وهو عبدها مادام في حال الأداء ، لا بأس أن يرى شعرها إن كان وغدًا دينًا لا خطب له ، وإن كان له خطب ومنظر فلا يرى شعرها ، وكذلك عبدها .

قال مالك : وإن كان عبدًا لها فيه شرك فلا يرى شعرها ، وغدًا كان أو غير وغد .

قال ابن القاسم : والوغد الذى لا منظر له ولا خطب .

قال : ولا يتزوج الرجل أمة ولده وإن كان الأب عبدًا وكأنها أمته ، إذ لو زنى بها لم يحد ، وجائز أن يتزوج أمة والده ، أو أمة أمه أو أخيه ، أو لو زنى بها حد.

قال : وإذا اشترى الولد زوجته من أبيه ، لم تكن بما ولدت منه قبل الشراء ولا بحمل - إن كان بها يوم الشراء - أم ولد ، لأن ذلك الحمل قد عتق على جده .

ولو كانت أمة أجنبى فاشتراها وهي حامل كانت به أم ولد ، لأنه عليه عتق .

وقال غيره : لا يجوز للابن شراؤها ، لأن ما في بطنها قد عتق على جده ، وهذه في كتاب أمهات الأولاد مستوعبة .

قال ابن القاسم : وإذا كان للعبد المأذون له في التجارة أو المحجور عليه أمة فأراد سيده أن يزوجها منه ، فوجد الشأن في ذلك - وهو أحب إليَّ - أن ينتزعها منه ثم يزوجها له بصداق ، فإن زوجها إياه قبل أن ينتزعها منه فالنكاح جائز ، وكان انتزاعًا، وكذلك إن أراد السيد أن يطأها ، فأحب إليَّ أن ينتزعها منه ثم يطؤها ، فإن وطئها قبل أن ينتزعها منه كان ذلك انتزاعًا .

في نكاح الحر الأمة ونكاحه إياها على الحرة أو الحرة عليها وكيف إن كان عبداً، وفي تسرى العبد والمكاتب ونكاحه

قال الله عز وجل : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله : ﴿ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ (١) فعلقه بشرطين : عدم الطول ، وخشية العنت .

قال ابن حبيب : وهي محكمة فلا تحل له الأمة إلا بعدم الطول وخوف العنت وهو الزنا ، وهو قول على وابن عباس وابن مسعود وأصحاب مالك ، ورواه ابن وهب عن مالك .

قال غيره : وقد اختلف في نسخها ، وكان من قول مالك فيمن يزوج أمة على حرة وهو يجد طولاً أن يفرق بينهما ، وإن خشى العنت .

قال : ويضرب ، ثم رجع فأجازه وجعل الخيار للحرة .

وقال : لولا ما قاله من قبلى من العلماء رضي الله عنهم - يريد ابن المسيب وغيره - لأجزأته لأنه حلال في كتاب الله تعالى .

م : يريد قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾(٢) .

---

(١) سورة النساء (٢٥) .

(٢) سورة النور (٣٢) .

قال : فللحر أن يتزوج من الإماء ما بينه وبين أربع ، وذلك إذا لم يجد طولاً لحرة وخشى العنت ، وذلك للعبد وإن لم يخش العنت .

قال عبد الوهاب : لنقصه بالرق كهى ، ولأنه لا عار عليه في استرقاق ولده، لأن ذلك ليس بأكثر من استرقاق نفسه ، وليس للحر استرقاق ولده مع الاستغناء عنه.

قال : وللعبد عندنا أن يتزوج أربعا [ق/ ٢٧ / ٣ ب] وللعبد عندنا أن يتزوج أربع حرائر أو إماء ، خلافًا لأبى حنيفة لقوله تعالى : ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ** ﴾[١] ، فعم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا ينكح الحر أمة على حرة ، فإن فعل جاز النكاح وخيرت الحرة في أن تقيم معه أو تختار نفسها .

ابن وهب : وكره ابن عمر وابن عباس أن ينكح على الحرة أمة وأن يجمع بينهما،وقاله جابر بن عبد الله ، وقال : له أن ينكح الحرة على الأمة ،وإن لم تعلم الحرة فهى بالخيار في أن تفارقه أو تقيم معه ، ويكون لها الثلثان من نفسه وماله ، وقاله ابن شهاب .

قال ابن القاسم : وإذا زوج الحرة على الأمة ولم تعلم فاختارت فراقة ، فلا تقضى إلا بواحدة وتكون بائنة ، بخلاف خيار المعتقة .

قال ابن المواز : فإن فسخت بالثلاث لزمت ، وقد أساءت ،وقاله أصبغ .

قال مالك : وإن رضيت بالمقام مع زوجها ساوى بينهما في القسم .

وروى ابن المسيب أن للحرة الثلثين .

قال عبد الوهاب : وقال عبد الملك : الحرة مخيرة في أن تجيز نكاح الأمة أو تفسخه .

فوجه قول مالك : أنها لها إزالة الضرر عن نفسها بما لا تضر به غيرها ، فإما أقامت أو فارقت ، ولا سبيل لها على نكاح الأمة .

ووجه قول عبد الملك : أن الضرر الذى دخل عليها كون الأمة ضرة لها ، فلها

---

(١) سورة النساء (٣) .

أن تزيله .

فأما الخيار في فسخ نكاحها نفسها فليس ذلك إزالة ضرر بل زيادة فيه .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وإن تزوج على الحرة أمة فرضيت ، ثم تزوج عليها أخرى فأنكرت ، كان لها الخيار أيضًا .

قال مالك : ولا بأس بنكاح حرة على أمة ،وللحرة الخيار إن لم تكن علمت أن تحته أمة .

قال ابن القاسم : فإن كانت تحته أمتان فعلمت بواحدة ، فلها الخيار بعد علمها بالأخرى ، فإن رضيت فلها ثلث القسم .

قال مالك : وإنما جعلنا للحرة الخيار في ذلك لما قالت العلماء ، ولولا ما قالوه لرأيته حلالاً لأنه في كتاب الله تعالى حلال .

قال سحنون : هو قوله تعالى : ﴿ **وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ**﴾[1] .

وقال ابن القاسم :إنما جعلنا الخيار للحرة إذا تزوج عليها أمة ، أو تزوجها هي على الأمة والحرة لم تعلم ، لأن الحر ليس من نكاحه الأمة إلا أن يخشى العنت ، فإذا خشي العنت وتزوج أمة كانت الحرة بالخيار .

وقال عبد الوهاب : إنما كان للحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة .

قال : وإذا تزوج الحرة على الأمة ولم تكن علمت ، فقيل : لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق .

وقيل : لا خيار لها .

فوجه أن لها الخيار فلرفع الضرر عنها بأن تكون ضرتها أمة .

ووجه أن لا خيار لها ؛ فلأنها فرطت في استعلام ذلك .

م : فصار في نكاحه الأمة على الحرة ثلاثة أقوال :

---

(١) سورة النور (٣٢) .

قول : إن الحرة مخيرة في أن تقيم أو تفارق .

والثاني : في أن تقيم مع الأمة أو تطلقها عليه .

والثالث : أنه يفسخ على كل حال .

وصار في نكاحه الحرة على الأمة قولان :

أحدهما : إن لم تعلم الحرة خيرت الحرة بين أن تقيم أو تفارق .

والثاني : لا خيار للحرة .

وذكر في « الواضحة » أحاديث عن عمر وغيره من الصحابة أنه إذا تزوج الحرة على الأمة فرق بينه وبين الأمة ، واختار ذلك عبد الملك بن حبيب واستحسنه .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن وهب : **قال مالك** : ويجوز للحر أن ينكح أربع مملوكات إذا كان على ما ذكره الله تعالى في كتابه في قوله : ﴿ **وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ** ﴾[1] .

قال : والطول عندنا المال فمن لم يستطع طولا وخشى العنت فقد أرخص الله تعالى له في نكاح [ق/ ٦٥ / ٣ أ] أمة مؤمنة .

وروى ابن وهب وابن القاسم وعلى بن زياد عن مالك أنه قال : لا ينبغي للحر أن يتزوج أمة وهو يجد طولاً لحرة ، ولا في عدم الطول إلا أن يخشى العنت كما قال الله سبحانه .

وقال غيره :لا ينكح أمة على حرة إلا أن تشاء الحرة ، وهو لا ينكحها على حرة ولا على أمة وليس عنده شيء ولا على حال ، إلا أن يكون ممن لا يجد طولاً وخشى العنت .

قال مالك : وليس الحرة تحته بطول يمنعه نكاح أمة إذا خشى العنت ، لأنه لا يتصرف فيها تصرف المال فينكح بها .

قيل لابن القاسم : فإن لم يخش على نفسه العنت وتزوج أمة قال : كان مالك يقول : ليس له أن يتزوجها إذا لم يخش العنت ، وإن كان تحته حرة فلا يتزوج أمة،

(١) سورة النساء (٢٥) .

فإن تزوجها على حرة فرق بينه وبين الأمة ، ثم رجع فقال : إن تزوجها خيرت الحرة.

قال عبد الوهاب : فوجه القول الأول بأنه يفرق بينه وبين الأمة ، لأن الحرة تحته من الطول ، لأن الطول كونه قادرًا على صداق الحرة ، فكون الحرة تحته أولى بأن تكون طولا .

ووجه قوله أنه يصح وتخير الحرة ، أن الطول القدرة على صداق حرة لا على حرة متقدمة كما **قال مالك** ، لأنه لا يتصرف فيها تصرف المال فينكح بها .

فصل

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : وإذا نكح عبد حرة على أمة ،أو أمة على حرة ، فلا خيار للحرة ، لأن الأمة من نسائه .

قال مالك : ويقسم العبد بين الحرة والأمة بالسواء .

فصل

وللمكاتب والعبد التسرى في أموالهما بغير إذن السيد .

ابن وهب : وقاله وغير واحد من العلماء والتابعين .

م : يريد إذا كان العبد [ق/ ٢٨ / ٣ ب] مأذونًا له في التجارة ، وأما المحجور فلا إلا بإذنه .

قال مالك في « المختصر الكبير » : إن كان بيد العبد مال للسيد ، فليس له أن يتسرى فيه وإن أذن له ، إلا أن يهب له المال فله حينئذ أن يتسرى فيه وإن لم يذكر له التسرى فيه .

فصل

قال ابن القاسم : ولا يتزوج مكاتب ولا مكاتبة بغير إذن السيد لرجاء فضل أو غيره ، لأن ذلك يعيبها إذا عجزا ، فإن فعلا فللسيد فسخه، ولا يجوز لمن عليه رق لغيره أن ينكح إلا بإذن من له الرق فيه ، قال الله تعالى : ﴿ **فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ**﴾[1] .

---

(١) سورة النساء (٢٥) .

في الأمة والحرة والعبد يغرون من أنفسهم أو يغر منهم أجنبي

وقد قضى عمر وعثمان رضي الله عنهما في ولد الأمة الغارة لسيدها بمثلهم .

قال مالك : وذلك يرجع إلى القيمة .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة أخبرته أنها حرة ثم علم قبل البناء أنها أمة أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها ، فللزوج الفراق ولا صداق لها ، وإن كان قد بنى بها فلها المسمى ،إلا أن يزيد على صداق المثل فليرد ما زاد .

قال ابن القاسم : فإن شاء ثبت على نكاحها وكان لها المسمى .

م : وبيانه أن لها الأقل من المسمى أو صداق المثل .

قال ابن القاسم : في كتاب **ابن المواز** : فإن نقص المسمى عن صداق المثل فعلى الزوج تمامه .

وقال أشهب : لا شيء عليه فيما نقص عن ذلك ولا حجة للسيد ، كما لو زنى بها طائعة .

م : يريد فلا يكون عليه شيء ، فكذلك ما زاد على المسمى ولا شيء للسيد فيه.

م : وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » .

ومن « العتبية » : **قال أصبغ** : **قال ابن القاسم** : وإذا قال الزوج : ظننتها حرة، فهو على قوله .

قال أصبغ : والسيد مدع فعليه البينة ، وليس على الزوج بينة أنه نكح على أنها حرة .

قال في كتاب محمد : وإذا زوج الحر امرأة ولم يشترط أنها حرة ،فله الخيار إذا ظهر أنها أمة .

قال أصبغ في « العتبية » : ولو أقر الزوج الآن أنه نكحها عالمًا بأنها أمة وقد فشى أنها غرته من الحرية والسماع على ذلك أو الشك فلا يصدق الأب على ما يدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده ، ويزيد إرقاقهم.

ومن « المدونة » : **قال مالك** : وللسيد على الأب قيمة الولد يوم الحكم ، ولا شيء على الأب فيمن مات منهم قبل ذلك ، ومن قتل ولدها فأخذ الأب منه دية

حر، ثم استحقت الأم ، فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبدًا أو ما أخذ في ديته .

ابن المواز : وقال أشهب : لا شيء للمستحق من قيمة الولد كما لو اقتص الأب من قاتله أو هرب قاتله ، وكما لو مات الولد وترك مالاً كثيرًا ، لكان ذلك لأبيه خاصة .

قال أصبغ : إذا قتل الولد ، فأخذ الأب ديتهم فاستهلكها ثم أعدم في قيام السيد ، فلا يرجع السيد على غارم الدية بشيء ، لأنه أدى ذلك بحكم لزمه .

ومن « المدونة » : وإن استحقت وفي بطنها جنين فعلى الأب قيمته يوم الوضع وهو حر .

ولو ضرب رجل بطنها قبل الاستحقاق أو بعده فألقت جنينًا ميتًا ، فللأب عليه غرة عبد أو وليدة لأنه حر ،ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من عشر قيمة أمة يوم ضربت ، ولا يكون على الأب أكثر مما أخذ ولا على الضارب أكثر من الغرة.

ابن المواز : وقال أشهب : لا شيء للمستحق ، كما قال في القتل .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : **قال مالك** : وولدها لاحق النسب له حكم الحر في النفس والجراح وفي الغرة قبل الاستحقاق وبعده ، وإن استحقت الأمة بعد موت زوجها ولم يدع مالاً أو كان زوجها حيًا وهو عديم وله منها ولد موسر ، فللمستحق على الولد قيمته ، وإن كان عديمًا فذلك إن أيسر .

وقيل : لا شيء على الولد من قيمة نفسه .

قال ابن القاسم : والقول فيها وفي ولدها كالقول في المستحقة بيد مشتر سواء ، وذلك في كتاب الاستحقاق ولو استحق الأمة عم الولد أخذ قيمتهم ، إذ لا يعتق عليه بنو أخيه ، ولو كان جدهم لم يأخذ قيمتهم ، لأنهم يعتقون عليه ولا شيء له من ولائهم ، لأنهم أحرار ، وإنما أخذت القيمة منهم بالسنة .

قال ابن المواز في كتاب الغصب : ويكون ولاؤهم لأبيهم .

م : ولو كان إنما زوجه أبوه أمته وهو عالم ، فهاهنا يكون ولاء ولده لجدهم،لأنهم عليه عتقوا ، لأنه لو كان الزوج أجنبيًا لكانوا لسيد الأمة رقًا ، فإذا كان ولده عتقوا على الجد لأنهم ولد ولده ، وفي الغارة هم أحرار وفي الولد وفي

الأجنبى لم يعتقوا على أحد ، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة فالموضع الذى يكونون فيه أحرارًا يكون ولاؤهم في مسألة الولد للولد ، والموضع الذى يكونون فيه رقًا يكون في مسألة الولد وولاؤهم لجدهم .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ولو غرت أمة الأب ولده [ق/ ٦٦ / ٣ أ] فتزوجها فولدت منه ثم استحقها الأب ،فلا شيء له من قيمة ولدها إذ لو ملكهم عتقوا عليه ، وكذلك إن غرت أمة الولد والده فتزوجها فولدت منه .

قال سحنون في « المجموعة » : إذا غرت أمة الابن والده فتزوجها على أنها حرة، فإن الأب يغرم قيمتها لولده وتكون أم ولد للأب ، وليس للابن أخذها ولا شيء على الأب من قيمة الولد والتزويج فيها [ق/ ٢٩ / ٣ ب] ليس بتزويج ، وأما الابن الذى غرته أمة الأب فهو مثل الأجنبى يكون لها صداق مثلها ، ويأخذها الأب، ولا قيمة عليه في الولد .

فصل

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ولو كانت الغرة أم ولد فلمستحقها قيمة الولد على أبيهم على رجاء العتق لهم بموت سيد أمهم ، وخوف أن يموتوا على الرق قبله، وليس قيمتهم على أنهم عبيد، لأنهم يعتقون إلى موت سيد أمهم .

ولو مات سيد أمهم قبل القضاء لم يكن لورثته من قيمة الولد شيء ، لأن بموت السيد عتقوا .

قال مالك : وإن وجد السيد ولدها مقتولاً فديته لأبيه دية حر ،ويكون للسيد الأمة على أبيه الأقل مما أخذ أو من قيمتهم يوم القتل على الرجاء والخوف .

م : هكذا نقلها أبو محمد قيمتهم على الرجاء والخوف .

م : وهو الصواب ، لأن الأب يقول : لو لم يقتلوا ما كان يلزمنى إلا قيمتهم على الرجاء والخوف ،فإذا كان ذلك أقل مما أخذت من الدية لم يلزمنى غيره .

م : وقال بعض أصحابنا : بل يغرم الأقل مما أخذ أو قيمة الولد عبدًا ، لأن ولد أم الولد إذا قتل إنما تجب على القاتل قيمته عبدًا .

م: ويشبهه قتله بما يلزم أباه فيه غلط ، لأن ولد الغارة قد جعل قيمتهم على الأب على الرجاء والخوف تخفيفًا عنه ، بخلاف ما يلزم القاتل فيهم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن غرت مدبرة ففي ولدها القيمة على الرجاء أن يعتقوا أو يرقوا ، بخلاف ولد أم الولد .

م : يريد قيمتهم على أنهم يعتقون بموت السيد إذا حملهم الثلث ، ولا دين على السيد ، أو على أن يعتق ما حمل الثلث منهم ، أو يرقوا إن كان على السيد دين ، أو يموتوا قبل ذلك والخوف في رقهم أشد منه في ولد أم الولد ، لأن العتق إنما يلحقهم في حال ويمتنع في أحوال ، فلذلك قال : بخلاف ولد أم الولد .

وقال ابن المواز : بل يغرم الأب قيمتهم رقيقًا لأنهم يرقون أحيانًا ، ولا ينفذ لهم العتق إلا بعد الموت من الثلث ، والعتق فيهم اليوم أوكد من التدبير ، كما لو اشترى رجل مدبرًا فأعتقه وهو لا يعلم ، ثم علم أنه مدبر، ما كان على البائع أن يرد شيئًا من ثمنه على المشترى وإن كان قد غره .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كانت مكاتبة غرت من نفسها فولدت، فلتؤخذ من الأب قيمتهم .

قال ابن المواز : عبيدًا .

قال ابن القاسم : فتوضع تلك القيمة على يدى رجل ، فإن عجزت أخذ السيد القيمة ، وإن أدت رجعت القيمة إلى الأب .

قال ابن المواز : واختلف فيه أصحابنا ، وأحب إليَّ أن تعجل فيه القيمة للسيد ، فيحبسها في الكتابة إن كانت أقل منها أو مثلها ، وإن كانت أكثر لم يلزم الأب إلا الأقل من بقية الكتابة أو من قيمة الولد .

وزعم ابن القاسم أن القيمة توقف ، والذى يدخل عليه في ذلك أن يقال : أليس كل ما ولدته المكاتبة داخل في كتابتها ، فكتابتها أحق بقيمة ولدها كما لو قتل وكما لو اعتقه السيد وهو ممن سعى برضا الأم لسقط عنها ما يقع عليه من الكتابة ، وولد هذه المستحقة دخله عتق لابد منه وقد كان في كتابة أمه لولا هذه الحرية ، فقيمته عوض منه .

قال ابن المواز : وأما المعتقة إلى أجل فولدها بمنزلتها وعلى الأب قيمتهم على أنهم أحرار إلى ذلك الأجل .

قال ابن المواز : وإنما لزم الأب في ولد المستحقة قيمتهم يوم الحكم ، لأنه ليس بغاصب ، وقد قال عمر وعثمان رضي الله عنهما : إنه يحكم لمستحق أمهم بأمثالهم فجعلت القيمة موضع ذلك .

قال مالك : القيمة أعدل .

فصل

ومن « المدونة » : **قال مالك** : وإن غرت الأمة عبدًا أنها حرة فتزوجها فولدت منه ، فولدها رق لربها إذ لابد من رقهم مع أحد الأبوين ، فجعلتهم تبعًا للأم لأن العبد لا يغرم قيمتهم .

قال في كتاب **ابن المواز** : ويرجع العبد على من غره بالمهر ، ثم لا يرجع من غرة عليها ، وإن لم يغره منها أحد رجع عليها بالفضل على صداق مثلها لحجته أنه رغب في حرية ولده ، وهذا إن اشترط أنها حرة ، أو ظهر وجه علم به أنه عمل على أنها حرة ، وإلا فلا يرجع بشيء من الصداق ، بخلاف الحرة لا يشترط حريتها ثم يظهر أنها أمة .

فصل

ومن قال لرجل : فلانة حرة ثم زوجها إياه غيره فولدت أولادًا ثم استحقت أنها أمة ، فلا يكون المخبر هاهنا غارًا ولا يرجع الزوج عليه بشيء ، علم المخبر أنها حرة أم لا .

وكذلك أن ولى المخبر العقد ولم يعلم أنها أمة ، وأما إن ولى المخبر العقد وهو يعلم أنها أمة ، فهاهنا يكون غارًا ويرجع الزوج عليه بما أدى من الصداق .

ابن المواز : كان المخبر وليًا لها أم لا ، فإنه يغرم إذا علم ثم عقد ، ولا يترك له ربع دينار ، وكأنه باع البضع فاستحق .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ولا يرجع عليه بما يغرم من قيمة الولد ، إذ لم يغره من ولده .

قال : ولو أنه إذا غره عالمًا وولى العقد أعلمه أنه غير ولي لها لم يرجع عليه الزوج بشيء .

م : لأنه دخل على أمر للولى فيه الخيار عنده وإن لم يعلم أنها أمة .

قال مالك : ولو غر عبد حرة فتزوجته على أنه حر وأجاز السيد نكاحه ، فلها أن تختار فراقه ما لم تدعه يطؤها بعد علمها به أنه عبد .

قال ابن القاسم : وإذا كرهته فرق السلطان بينهما ، إلا أن يتطوع الزوج بالفراق دونه .

قال ابن شهاب : ويجلد العبد نكالاً لما كذبها وحبلها .

ومن كتاب **ابن المواز** : أنها إذا أقامت سنين مع مكاتب تزوجها [ق/ ٣٠ / ٣ ب] ثم قالت :لم أعلم أنه مكاتب وقد غرنى، فلتحلف أنها ما علمت ولها الخيار .

قال أصبغ : تحلف أنها ما علمت أنه مكاتب ، ولا ينفعها أن تقول : ظننت المكاتب حرًا .

قال ابن حبيب : ولو قالت : جهلت أن لى الخيار ولم تعذر بذلك .

ومن تزوج نصرانية ولم يعلم ، فلا حجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة ، أو يظهر أو يعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة لما كان سمع منها ، فيكون منها الكتمان وإظهار الإسلام ، فهذا كالشرط .

وأما المسلم يغر النصرانية فيقول لها : إنى على دينك فيتزوجها ثم تعلم بذلك ، إن لها الخيار ، لأنه غرها ومنعها من [ق/ ٦٧ / ٣ أ] كثير مما يبيحه لها دينها من شرب الخمر وغيره ، قاله مالك .

وقال ربيعة : لا خيار لها ، وليس الإسلام بعيب .

ما ترد به المرأة والرجل من عيب ومن غر من ذلك وذكر العنين والخصى والمجبوب

روى أن رسول الله ﷺ زوج امرأة من بنى بياضة فوجد بكشحها بياضًا فردها ، وقال : « دلستم علىّ » [1] .

---

(١) أخرجه أبو يعلى في « مسنده » (٥٦٩٩) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٣٩٩٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما . قال الشيخ الألباني في « إرواء الغليل » (٦/ ٣٢٨) : ضعيف .

ورأى عمر وعلى رضي الله عنهما وغيرهما رد النساء من العيوب الأربعة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، وعيب الفرج .

م : ولا مخالف لهم لأنها عيوب تؤثر في الاستمتاع المقصود ، وينقص كمال اللذة ، فوجب أن يثبت معها الخيار ،أصله الجب والعنة .

قال مالك في كتاب محمد : وسواء كان البرص الذى بالمرأة قليلاً أو كثيرًا .

قال في « المدونة » : ولا صداق لها إن لم يبن بها ، وإن بنى بها فلها الصداق، ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذى أنكحها أب أو أخ أو من يرى أنه يعلم ذلك منها ، لأنه غر الزوج منها .

قال ابن القاسم : ثم لا يرجع به الأب عليها .

قال مالك : وإن كان الذى أنكحها ابن عم أو مولى أو السلطان ، أو من لا يظن به علم ذلك ، فلا شيء عليه ، وترد المرأة ما أخذت إلا ربع دينار ، لأنها هي الغارة .

قال عبد الوهاب : وخالفنا الشافعي في ذلك ، وقال : لا يرجع على المرأة ولا على الولى بشيء .

ودليلنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : أيما رجل نكح امرأة وبها جنون أو جزام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها ، ونحوه عن على رضي الله عنه ، ولا مخالف لهما من الصحابة .

ولأنه لو قلنا : إنه لا رجوع له عليه لألزمناه العوض من غير أن يحصل له في مقابلته الاستمتاع الذى دخل عليه ، لأنه دخل على التأييد لا على مرة واحدة ، وإنما قلنا : يرجع على الولى بجميع الصداق وعلى المرأة به إلا ربع دينار ، لئلا يعرى البضع من عوض ومن الولى يبقى لها جميعه ، فلم تعر من عوض .

ومن كتاب **ابن المواز** : قال : وإذا كان الولى الذى يرجع عليه عديمًا أو مات ولا شيء له ، لم يرجع على المرأة بشيء ، وليس عليها أن تخبر عن نفسها ولها ولى ، والبكر والثيب في ذلك سواء ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » .

وقال ابن حبيب : بل يرجع على المرأة إن كانت مالية ، وإن كانت عديمة رجع على أولهما يسرًا .

قال في كتاب **ابن المواز** : وإذا كان الولى البعيد يعلم ذلك منها حين عقد ، فعليه يرجع الزوج ويبقى للمرأة مهرها ، وهنا إن أقر أو قامت بينة عليه ، وإلا لم يحلفه إلا أن يدعى الزوج علمه بأمر علمه فليحلف ، فإن نكل حلف الزوج لقد علم وغره ، وإن نكل فلا شيء له عليه ولا على المرأة ، لإقراره بعلم الولى به وأنه غره.

ابن المواز : وأما الولى القريب فذلك عليه ويغرم المعجل ، فإذا أدى الزوج المؤجل رجع حينئذ به عليه .

قال : وإن زوجها الأخ وهي بكر بإذن الأب ، فالغرم على الأب ، وإن كانت ثيبًا فعلى الأخ ، وإن كان زوجها غير ولى عالمًا بعيبها وكتمه عليه فعليه يرجع ، إلا أن يعلمه أنه غير ولى ، أو يعلم ذلك الزوج ، فلا شيء عليه .

وإن كتمه كالمنادى على السلعة يخبر أنها لغيره فالعهدة على ربها .

قال مالك : وليس على الولى أن يخبر بعيب وليته ولا بفاحشة لها ، إلا العيوب الأربعة ، ومثل أن يعلم أنها لا تحل له من رضاع أو نسب أو معتدة .

قال ابن حبيب : وتفسير داء الفرج ما كان في الفرج والرحم مما يقطع اللذة في الوطء ، فإن علم بذلك أو بأحد العيوب الأربعة ثم دخل بها فلا خيار له ، وإن بنى بها قبل أن يعلم ثم علم فأمسك فهو مخير ، فإن ادعت أنه مسها أو تلذذ بها بعد العلم فأنكر ، حلف وصدق .

فإن نكل حلفت وصدقت .

وإن لم تدع ذلك عليه فلا يمين عليه .

ابن المواز : **قال مالك** : وإذا قال الزوج : كان بها الجذام قديمًا ، وقال الأب : بل زوجتك صحيحة ، فالأب مصدق .

ابن المواز : مع يمينه .

ومن « **المدونة** » : قال ربيعة : إذا وطئها بعد العلم بعيبها فقد لزمته .

قال ابن وهب : وكتب عمر بن عبد العزيز في الذى رأى في زوجته وضحًا من بياض فردها به : أن استحلفه بالله في المسجد ما تلذذ منها بشيء منذ رأى ذلك بها، واستحلف إخوتها أنهم لم يعلموا بالذى كان بها قبل أن يزوجوها ، فإن حلفوا فأعط

للمرأة من صداقها ربعه .

م : وهذا خلاف ما تقدم ، وهو اجتهاد منه واستحسان .

قال مالك : ولا ترد المرأة إذا وجدت عمياء أو عوراء أو مقعدة أو قطعاء أو شلاء أو سوداء أو قد ولدت من زنى ، ولا من شيء سوى العيوب الأربعة .

م : لما جاء في ذلك من السنة ، ولأن العيوب الأربعة : البرص ، وعيب الفرج مما يخفى ، والجنون [ق/ ٣١ / ٣ ب] والجذام ضرر شديد ، وأما غير ذلك من العيوب فالغالب منها أنها لا تخفى ، فالزوج مفرط في استعلام ذلك ، ولأن له أن يشترط السلامة ، فلزمه ذلك بتفريطه .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : وإن اشترط السلامة مما ذكرنا ثم يجد ذلك بها ، فلا صداق لها إن لم يبن بها .

وإن بنى بها فلها كالمهر ، ويرجع به على الولى الذى شرط له ذلك .

قال مالك : وما علم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج ردت به ، وإن جامع معه، وقد نجا مع المجنونة .

قال في كتاب محمد : وإذا كان الرتق من قبل الختان فإنه يبط على ما أحبت أو كرهت إذا قال النساء : إن ذلك لا يضرها .

وإن كانت خلقة ، فإن رضيت بالبط فلا خيار له ، وإن أبت فالخيار إليه .

قال أصبغ : وإذا أقامت للعلاج وهو يتمتع بها ، فإن طال ذلك كطول أمر العنين في علاجه فلها جميع الصداق ، وذلك كالسنة وما قاربها من كثير الأشهر .

قال ابن حبيب : وإن زعم أنها رتقاء أو غيره من داء الفرج وأكذبته ، فهى مصدقة ، وإن طلب أن ينظر إليها النساء ، فليس ذلك له ، فإن فارق وادعت المسيس فلها جميع الصداق ، فإن أتى بامرأتين فشهدتا أنهما أتاها إتقاء ولم يكن ذلك عن أمر الإمام ، جازت شهادتهما إذ الطلاق بيده لم توجبه شهادتهما إنما أوجبت ترك الصداق وإن فارق .

فإن قيل : فإذا لم تمكنهما من النظر فقد صار نظرهما تعمدًا حرجة .

قيل : هذا يعذران بجهالته .

قال أبو محمد : وأخبرنا أبو بكر قال : قال سحنون إن ابن القاسم يقول : لا ينظر إليها النساء في عيب الفرج يدعيه الزوج ، وقد قال : ترد به فكيف يعرف إلا بنظرهن .

وروى ابن سحنون عن أبيه أنه ينظر إليها النساء [ق/ ٦٨ / ٣ أ] إذا ادعى ذلك الزوج .

م : وبه أقول .

قال ابن حبيب : وأما من بنى بزوجته فادعى المسيس ، فأكذبته وشهد لها امرأتان أنها عذراء ، فلا تقبل شهادتهما لأنه يؤول إلى الفراق ، وقد كذبهما من له الفراق ، فافترق من الأول ، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن المسيب : وإن كان بالزوج جنون أو ضرر فالمرأة مخيرة بين أن تقيم أو تفارق .

قال مالك : وأرى الضرر الذى أراد ابن المسيب هذه الأشياء التى ترد منها المرأة.

م : لقول الله تعالى : ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[1] ، ولأن لها حقًا في الاستمتاع ، فإذا وجدت مانعًا منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل ، واعتبارًا بالجب والعنة .

فإن فارقت قبل الدخول فلا صداق لها ، لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها .

فصل

قال ابن حبيب : **قال مالك** وأصحابه : وما حدث بالزوجة عند الزوج من العيوب الأربعة ، فلا خيار له في فراقها إلا بغرم الصداق ، النصف قبل البناء والجميع بعده .

قال ابن المواز : وما حدث بالزوج بعد العقد من البرص ، فلا يرد به وإن كان شديدًا .

(١) سورة البقرة (٢٢٨) .

وقال **ابن حبيب** : يرد به إن كان فاحشًا مؤذيًا .

قال مالك في النكاح الثاني من « المدونة » : وإذا حدث بالزوج جنون بعد العقد عزل عنها وأجل سنة لعلاجه ، فإن صح وإلا فرق بينهما ، والمجزوم البين الجزام يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قال ابن القاسم : فإن كان مما يرجى برؤه وعلاجه ، فليضرب له أجل سنة .

م : وفي الثاني إيعاب هذا .

فصل

ومن تزوج امرأة فإذا هي لغية ، فإن زوجوه على نسب فله ردها وإلا لزمته.

قال ابن القاسم : فإن ردها فلا صداق عليه إن لم يكن بنى بها ، وإن بنى بها فعليه صداقها ويرجع به على من غيره ، فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار ، وردت ما بقى ، وإن انتسب لها فألفته لغية ، خيرت بين أن تقبله أو ترده .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم فيمن يزوج امرأة على نسب انتسب لها إلى فخذ من العرب ، ثم يوجد من غير ذلك الفخذ ، فإن كان مولى فلها الخيار إذا كانت عربية ، وإن كان عربيًا وهو من غير القبيل الذى سمى ، فلا خيار لها ، إلا أن تكون قرشية تزوجته على أنه قرشي فإذا هو من قبيل من العرب ، أو تكون عربية تزوجته على ادعائه فذلك لها .

وذكر عن أبي بكر بن عبد الرحمن فيمن تزوج امرأة وشرطت في عقد النكاح على الزوج أنه عربى من أنفسهم ، ثم يوجد من مواليهم .

قال : فأجبت أنا وجميع أصحابنا أن للمرأة القيام بشرطها ويفسخ النكاح .

قال بعض فقهائنا : ولم يذكر في هذا السؤال أنها عربية أو مولاه ، والأمر عندى سواء ، وللمرأة شرطها بخلاف ما تقدم في رواية أبي زيد ، والله أعلم .

وسئل أبو محمد بن أبى زيد عما يكتب الناس في صدقاتهم وهي صحيحة العقل والبدن ويجدها بعد ذلك عمياء أو شلاء ، هل له أن يردها بهذا الذى كتب في الصداق ؟

فقال : لا ينفعه ذلك وليس كالشرط حتى يبين فيقول : لا عمياء ولا شلاء .

قال : ولو كان في موضع صحيحة البدن سليمة البدن ، لرأيت له أن يردها إذا وجدها عمياء أو شلاء أو غير ذلك ، وبهذا كان يفتى علماؤنا ونفتى نحن .

فصل

قال مالك : ومن غر من وليته فزوجها في عدة ودخلت ، ثم علم بذلك الزوج فالنكاح مفسوخ ويضمن [ق/ ٣٢ / ٣ ب] الولى الصداق كله .

قال ابن القاسم : ولو كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار ودرت ما بقى .

قال - في رواية العسال - أبو زيد عن ابن القاسم في مسألة المرأة تغره أنه يرجع عليها بالصداق الذى دفع إليها وليس بأخذ ما أسترت .

م : يريد : وإن كان مما يصلح لجهازها لأنها متعدية في التصرف فيه قبل إعلامه بما غرته به فيرضى أو يرد .

قال ابن القاسم : فإن لم يعلم الزوج بذلك حتى طلقها أو ماتت ، فلا رجوع له عليها بشيء من الصداق ، كالعبد المعيب يبيعه مشتريه فلا يرجع بشيء من قيمة العيب ، وروى ذلك عن مالك .

فصل

وعيوب الفرج الذى يرد بها الرجل أربعة ، وهي : الجب ، والخصى ، والعنة، والاعتراض .

فالمجبوب : هو المقطوع ذكره وأنثياه .

والخصى : هو مقطوع منه أحدهما .

والعنين : هو الذى له ذكر شديد الصغر لا يمكن الجماع بمثله .

والمعترض : هو الذى لا يقدر على الوطء لعلة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء ، وربما اعترض عن امرأة دون أخرى ، وأصحابنا يسمون العنين لهذا النوع من الرجال ، وكذلك من تقدم من الصحابة ، والعنين وحقيقة اسمه المعترض ، وكذلك ذكر ابن حبيب وعبد الوهاب .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** وأصحابه : وإن تزوج خصى أو مجبوب امرأة لم تعلم به ، ثم علمت فلها الخيار في أن تقيم معه أو تفارقه ، والمجبوب أشد .

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك لعدم الاستمتاع ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[1]، ولأنه لو آلى منها لكان له أن توافقه وتطالبه إذا امتنع من الوطء بالوطء أو الفراق ، فكان الخصى والمجبوب أولى .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : وإنما لها أن تفارقه بواحدة بائنة لا بأكثر منها ، ويتوارثان قبل أن يختار فراقها ، فإن فارقته بعد أن دخل بها فعليها العدة إن كان يطؤها ، وإن كان لا يطأها فلا عدة عليها .

وروى ابن وهب أن ابن سندر تزوج امرأة وكان خصيًا فلم تعلم به ، فنزعها منه عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

قيل لابن القاسم : فإن كان مجبوب الذكر قائم الخصى فاختارت فراقه بعد أن دخل بها . فقال : إن كان يولد لمثله فعليها العدة ويسئل عن ذلك ، فإن كان يحمل من مثله لزمه الولد وإلا لم يلزمه ولا يلحق به .

وإن علمت به حين تزوجته أنه مجبوب أو خصى أو عنين لا يأتى النساء رأسًا واختبرها بذلك ، فلا كلام لها وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت به فتركته وأمكنته من نفسها ، فلا كلام لامرأة الخصى والمجبوب .

وأما العنين فلها أن ترافعه ، ويؤجل سنة لأنها تقول : تركته لرجاء علاج أو غيره، إلا أن تتزوجه وهي تعلم أنه لا يأتى النساء رأسًا كما وصفنا فلا كلام لها بعد ذلك ، وفي الثاني إيعاب هذا .

تم كتاب النكاح الأول والحمد لله وسلام على جميع أنبيائه [ق/ ٦٩ / ٣ أ] [ق/ ٣٣ / ٣ ب] .

---

(١) سورة البقرة (٢٢٨) .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله

كتاب النكاح الثاني

في الصداق يقارنه بيع أو يدخل فيه غرر أو مجهول ، وكل غرر أو خطر أو فساد بشرط

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة بعبد على أن أعطته دارًا أو مالاً ، لا يجوز هذا النكاح عند مالك ، وهو مفسوخ .

وسمعت مالكًا يقول : إن تزوجها على أن تعطه خادمها بكذا وكذا درهما لم يجز ، ولا يجتمع في صفقة واحدة نكاح وبيع .

قال سحنون : وقال بعض الرواة - هو ابن الماجشون في هذه المسألة : إن [ ][1] مما يعطى الزوج ربع دينار فصاعدا جاز النكاح .

قال عبد الوهاب : وقال أشهب : يجوز نكاح وبيع .

فوجه قول مالك : أن النكاح عقد مخصوص في سائر عقود المعاوضة بأحكام توجد في غيره ، فوجب ألا يضم إليه عقد غيره كالصرف والقراض ، لأنه يجوز أن يكون العوض في مقابلة البيع فيعد البضع في عوض ، وتكون ذريعة إلى الإباحة في إسقاط المهر .

قال الشيخ : ولأنه لا يدرك ما يخص البضع في ذلك ،فيصير نكاحًا مجهولاً .

قال عبد الوهاب : ووجه قول عبد [الملك][2] : أن المنع من خيفة أن يعرو النكاح من عوض ، فإذا أمن ذلك جاز .

ووجه قول أشهب أنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر ، وذلك لا يمنع صحة العقد كأن تزوجها على حكم .

زيد : قال الشيخ: ولأن للرجل [بيع سلعته][3] بثمن معلوم ، ولا يضره جهل

---

(١) بياض في أ ، ب .

(٢) بياض في ب .

(٣) بياض في أ ، ب .

ما يخص كل سلعة في الثمن فكذلك [ ][(١)] ولا يدخل عليه ما اعتمد به .

ابن الماجشون من أن يفضل مما يعطى ما نعطى المرأة ربع دينار لئلا يعرو البضع من عوض ، لأن مال يعطى الزوج [ ][(٢)] وعلى مقدار صداق مثلها فمتى حصل البضع على ذلك ربع دينار فصاعدا جاز هذا على قياس البيوع ، وإذا جاز ذلك في البيوع ابتغى أن يكون في النكاح أجوز لأن طريقة النكاح المكارمة ، وطريق البيوع المكايسة ألا ترى أنه يجوز أن يتزوج بعبد وبشوار بنت ولا يصف ذلك ولا يضرب لهما أجلاً ، فيكون لها الوسط في ذلك حالاً ويتزوجها ، ولا يذكر صداقًا فيعطيها صداق المثل فيلزمها ، ولا يجوز مثل هذا في البيوع ، وما قال أشهب هو القياس والله أعلم .

وقول ابن الماجشون أيضًا حسن وهو على قياس قول ابن نافع في مسألة الموضحتين إذا صالح من موضحة عمد وموضحة خطأ على شقص من دار .

قال ابن نافع : فيه الشفعة بقيمة الشقص ما لم ينقص في دية موضحة الخطأ وذلك أنه جعل ثمن الشقص معلومًا وهو دية موضحة الخطأ ، ومجهولاً وهو دية موضحة العمد ، فأعطى للمعلوم حقه في قيمة الشقص وكان ما بقى للمجهول ، فكذلك يصنع في النكاح يجعل ما يعطى الزوج ثمنًا للبضع وثمنه مجهول ، ولما تعطى الزوجة وثمنه معلوم ، فأعطى للمعلوم قيمته مما يعطى للزوج . وما بقى للبضع ، فإن بقى ربع دينار فأكثر جاز عنده ، وإلا لم يجز .

وذكر عن ابن الكاتب أنه قال : إن كان اعتبار ما يفضل للبضع بعد عقد النكاح فكأنه إنما نكحها بالذي يفضل وذلك مجهول ، فإن كان اعتبر ذلك قبل العقد فأحسبها لا يختلفان في جوازه ، لأنه يصير للبضع شيء مسمى وللسلعة شيء مسمى، فهو كما لو تزوج امرأتين في عقد واحد وسمى لكل واحدة صداقها [ق/ ٣٤ / ٣ ب] ولا يشبه ذلك السلع التى يجوز ذلك فيها وإن لم يسم ، لأن السلع مما تقوم ، فيقع لكل سلعة من الثمن ما يخص قيمتها إن وقع استحقاق ، والأبضاع لا يصح تملكها ولا وقع فيها ولم قبل التسمية فبعض على صداق المثل ، فوجب ألا

(١) بياض في أ ، ب .
(٢) بياض في أ ، ب .

يصح إلا بعد التسمية لها ، وإن أجلهما في صداق واحد لم يجز ، وعنده يجيز ذلك، ويقسم المسمى على صداق مثل كل واحدة اعتبارًا بالسلع ، وإلى مثل هذا نحى أشهب في جواز نكاح وبيع ، وهذا معنى كلام ابن الكاتب دون لفظه .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وهذا النكاح الذى وقع مع البيع في صفقة يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل .

فصل

قال مالك : وإن تزوجها على عبد آبق ، أو بعير شارد ، أو جنين في بطن أمه، أو بما تلد غنمة ، أو بثمرة ، أو زرع لم يبدو صلاحها فالنكاح يفسخ في ذلك كله قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل ،ويكون الذى سمى لها من العدل لزوجها ، إلا أن تقبض الجنين بعد ولادته أو الآبق أو الشادر وغيره فلترده ، إلا أن يفوت عندها في بدن أو سوق فيكون لها ، وتغرم قيمته يوم قبضه لزوجها .

فأما الثمرة فما جنت منها أو حصدت من الحب ، فعليها أن ترد مكيلته ، وما هلك في ذلك كله قبل أن تقبضه فهو من الزوج ،وما ملك في ذلك بعد ما قبضته وإن لم يتغير في سوق أو بدن فهو في المرأة أبدًا حتى ترده ، لأنه في ضمانها يوم قبضته .

قال ابن المواز : وإن نكحها بثمرة لم يبد صلاحها على أن تجذها بلحًا ، جاز النكاح ، فإن تأخرت الثمرة حتى طابت فجذتها موزًا أو رطبًا أو ثمرًا ، فلا يفسخ النكاح وإن لم يدخل بها ، ويكون لها قيمة ذلك البلح مجذوذًا يوم النكاح ، وترد ما جذت منها ، وما أكلت ردت مكيلته ، فإن لم تعرف فقيمته .

وإن طلقها قبل البناء فلها نصف قيمة البلح مجذوذًا يوم النكاح .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن تزوجها بما تلد عنه أو بخمر أو خنزير أو على دار فلان أو على أن يشتريها لها ، فليفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده، ولها صداق المثل .

وقد اختلف قول مالك في « المختصر الكبير » في فسخ النكاح بعد البناء إذا عقد بخمر أو خنزير أو بثمرة لم يبد صلاحها أو بجنين في بطن أمه أو بعير شارد أو بعبد آبق .

قال عبد الوهاب : لا خلاف في [ق/ ٧٠ / ٣ أ] منع ابتداء العقد بما لا يصلح أن يتملك كالخمر والخنزير ولا يغرر كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه والثمرة التى لم يبد صلاحها على التبقية وما أشبه ذلك .

فإن وقع ، فقيل : يفسخ قبل البناء وبعده ، لأن فساده في عقده .

وقيل : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويجب فيه صداق المثل ، لأن فساده في صداقه وعند أبى حنيفة والشافعي العقد صحيح لا يفسد بفساد المهر ، ويجب فيه صداق المثل .

فوجه قول من أفسده قوله تعالى : ﴿ **وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم**﴾[1] فعلق الإحلال بالمال ، والخمر والخنزير ليس بمال لنا ، ولأنه عقد معاوضة يجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ، ولأن المعقود به إذا كان فاسدًا وجب فساد العقد ، أصله نكاح الشغار .

ووجه التصحيح : أن عقد النكاح مفارق لعقد البيع في موضوعه ، لأن البياعات طريقها المغابنة والمكايسة ، والنكاح طريقه المواصلة والمداومة ، ألا ترى أنهما إذا عقدا في غير تسمية صداق ، جاز بخلاف البيع والإجازة .

واختلف أصحابنا في تأويل قول مالك أنه يفسخ قبل الدخول ، فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظًا وعقوبة لهما لئلا يعودا إلى مثل ذلك .

ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطًا وخروجًا من الخلاف ، فإن وقع الدخول لم يفسخ ، لأن الصداق قد وجب فلا يوجد المعنى الذى لأجله فسخ قبل الدخول ، وقد تقدم في الأول بعض هذا .

ومن كتاب **ابن المواز** وابن **حبيب** : **قال ابن القاسم** : لا بأس بالنكاح بعبد غائب بعيد الغيبة إذا وصفه كان معه عين أو لم يكن إلا ما بعد جدًا مثل خراسان والأندلس .

ابن حبيب : ومثل إفريقية والمدينة كان تبع ذلك عين أو لم يكن ، فلا ضير فيه ويفسخ .

---

(١) سورة النساء (٢٤) .

ابن المواز : **قال ابن القاسم** : وأما مسيرة الشهر ونحوه فجائز، و [الضمان][1] [ق/ ٣٥ / ٣ ب] من الزوج حتى تقبضه المرأة ، وله أن يدخل إن كانت الغيبة قريبة، ولا يدخل بها في البعيدة، وإن قدم إليها ربع دينار، وإن سماه مع العبد، لأن النقد في البعيد لا يجده والدخول انتقاد من هذا إن كان الدخول بشرط في العقد .

وأما إن لم يشترط في العقد فجائز التطوع به كالبيوع .

قال : فإذا كان قريبًا ووصفه ، ثم هلك العبد قبل قبضه ، فلها قيمته على تلك الصفة .

قال أبو العباس الإبياني : وإذا تزوجها على عبد موصوف فقبضته ثم استحق ، رجعت بعبد مثله في صفته .

وإن مات بيدها ، ثم علمت بعيب كان به عند الزوج ، فعلى المرأة قيمة العبد معيبًا للزوج يوم قبضته ، وترجع عليه بعبد مثله في صفته ، وفيه اختلاف .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ومن تزوج امرأة أو اشترى سلعة بدراهم بعينها غائبة ، فلا خير في ذلك ، إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت ، ولو حضرت الدراهم ونقدها إياها جاز النكاح ، وكذلك البيع ، فإن وجب البيع ، فالنكاح بها ثم استحقت في يد المرأة ، فعلى المشترى أو البائع أو الزوج مثلها ، وتم النكاح والبيع .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على دار أو أرض أو عبد ، كل ذلك غائب ، فإن وصف ذلك جاز النكاح ، وإن لم يصفه فسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

ابن المواز : وإن وصفه فلا يدخل في العبد البعيد الغيبة حتى يدفعه ، والضمان منه .

قال ابن القاسم : يرى أن تباعد الغيبة مثل خراسان والأندلس لم يجز ، وأما مثل المدينة من مصر فجائز .

---

(١) سقط من أ .

ومن « **المستخرجة** » : **قال ابن الماجشون** : فمن تزوج بثمرة قد بدا صلاحها فأجيحت الثمرة كلها ، إن مصيبتها من الزوج ، وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة ، وإنما يحمل ذلك محمل البيوع ، وابن القاسم يقول : لا جائحة فيها والمصيبة من المرأة ، ولا ترجع على الزوج بشيء .

قال الشيخ : وإنما فرق بينه وبين البيوع ، لأن طريقة النكاح المكارمة ، وطريقة البيوع المكايسة ، ولكن قد قال في كتاب العرايا : إن الجائحة من العرية وهو باب رخصة ومرفق باب مكايسته ،فجعل ذلك كالبيوع ، لأنه معروف لا معاوضة فيه ، ويجعله في النكاح كالبيوع لأنه معروف لا معاوضة فيه ، ويجعله في النكاح كالبيوع لأنه باب معاوضة . وقد **قال مالك**: أشبه شيء بالبيوع النكاح .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** :وإن تزوجها على بيت أو خادم ولم يصف ذلك جاز النكاح ولها وسط ، البيت ، والناس فيه مختلفون إن كانت في الأعراب فلهم بيوت وشورة قد عرفوها الحضر لا تشبه شورة البادية .

قال مالك : وإن تزوجها على بيت من بيوت الحضر ، جاز إذا كان معروفًا عند أهل البادية والحاضرة ، ولكل قدره في الشوار .

م : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج ببيت على أن يبنيه للمرأة فإن كانت بقعة بعينها في ملكه ووصف الطول والعرض والبناء ، فذلك جائز .

وإن كان البيت الذى يبنيه مضمون عليه ، فقد أفتى أبو محمد أن ذلك لا يجوز.

قال الشيخ : وكذلك السلم في البيت .

قال الشيخ : لأن ذلك يرجع إلى السلم في شيء معين ، لأنه لابد أن يصف البناء والموضع، فيؤدى ذلك إلى تعيينها ، وهذا ظاهر ما في كتاب **ابن حبيب** .

وعند **ابن المواز** ما يدل على خلافه ، وإن نكح على مائة بعير أو شاة أو بقرة ولم يصف ذلك ، جاز النكاح وعليه وسط من الأسنان ، وكذلك على عبد بغير عينه ولم يصفه ولا ضرب له أجلاً فالنكاح جائز ، ولها عبد وسط حال ، وليس للزوج دفع قيمته إلا أن ترضى المرأة .

قال في كتاب ابن المواز : ومن نكح من رقيق ، ذكر العدد ولم يذكر حمرانَ

ولا سودانَ ، فلها الوسط من الأغلب في البلد ، وكذلك في « المستخرجة » .

قال ابن المواز : فإن استويا في البلد نظر إلى وسط السودان ووسط الحمران [ق/ ٣٦ / ٣ ب] فأعطيت نصف ذلك .

قال الشيخ : يريد من كل جنس نصفه .

قال : وذلك على قدر منفعة ذلك يوم وقع النكاح ، وكذلك إن طلق قبل البناء، وقاله أصبغ .

وقال : هي جيدة .

وفي « العتبية » : عن مالك : وتعطى الإناث دون الذكور ، وكذلك شأن الناس .

قال سحنون في كتاب ابنه : من نكح على خادم ولم يحز حتى سمى جنس الأمة ، فيكون عليه وسط من ذلك الجنس ، لا من العلية ولا من الوخش ، وإذا كان مجملاً لم يجز ، وفسخ قبل البناء ويثبت بعده [ق/ ٧١ / ٣ أ] ولها صداق المثل .

قال عبد الوهاب : [ ] ابن عبد الحكم : [ ] إلا على معلوم مقدر، وهو قول الشافعي .

ودليلنا قوله عليه السلام : « الصداق ما تراضى عليه الزوجان » ، فلم يفرق ، ولأن طريق النكاح المكارمة والمواصلة ، بخلاف البيع الذى طريقة المكايسة والمغالبة ، بدليل أنه لا يفسد لعدم ذكر العوض في العقد ، وهو التفويض .

ومن « المدونة » : قال مالك : وكذلك إن تزوجها على عوض موصوف ليس بعينه ، ولم يضرب له أجلاً ، فالنكاح جائز ، وهذا لا يحمل كما هنا محمل البيوع وهو على النقد ، ألا ترى أنه يتزوج المرأة بمائة دينار ولا يسمى أجلاً ، فيكون نقداً .

وكذلك إن اختلعت منه امرأته على عبد ولم تسمه له ولا وصفته ، فعليها عبد وسط .

فصل

ومن نكح امرأة بألف درهم على أنه إن كانت له امرأة أخرى فصداقها ألفان ،

فهذا من الغرر، وهو مثل البعير الشارد فيما فسرنا .

قال مالك : وإن نكحها بألفين ، فوضعت عنه في هذا النكاح ألفاً على أنه لا يخرجها من بلدها ولا يتزوج عليها ، فله أن يخرجها ويتزوج عليها ، وليس لها إلا ألف .

قال ابن القاسم : وكذلك إن نكحها بألف على أنه إن أخرجها من بلدها فمهرها ألفان ، فله أن يخرجها ولا شيء عليه غير الألف .

قال الشيخ : يريد ، وكذلك على أنه إن تزوج عليها فصداقها ألفان ، فله أن يتزوج ولا شيء عليه غير الألف ، بخلاف قوله : إن كان له امرأة أخرى .

قال مالك : ولو انعقد النكاح عليه بألف درهم ، ثم حطته بعد ذلك نصفه على ألا يتزوج عليها ولا يخرج بها ونحوه ، ففعل ذلك ، فلها أن ترجع عليه بما وضعت عنه إن فعل من ذلك شيئًا ، وله أن يفعله .

وقال علي بن زياد : إن حطته في العقد من صداق مثلها لما شرطت عليه ، لزمه ما حطته إن فعل من ذلك شيئًا ، وإن كانت الحطيطة مما ناف على صداق المثل أو يلزمه ، ورواه ابن نافع عن مالك .

في الصداق يوجد به عيب أو يؤخذ بشفعة أو يؤخذ به رهن وفي صداق

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على قلال خل بأعيانها فوجدتها خمرًا ، فهي كمن نكحت على مهر فأصابت به عيبًا ، فلها رده وترجع به إن كان يوجد مثله ، أو بقيمته إن كان لا يوجد مثله .

قال الشيخ : ذكر أبو عمران [ ] سحنون في التي تزوجت على قلال خل فأصابتها خمرًا ، إلى ما ذكر **ابن المواز** أنهما إذا دخلا على الجزاف في الصبرة ، ثم علم بعد ذلك كيلها ، ثم استحق ما في يد البائع أنه يرجع بقيمة صبرته ، ولا يرجع بمثلها وإن عرف كيلها .

قال أبو عمران : والصواب أن يرجع في القلال بملئها إذا كانت موجودة ، وكذلك في الصبرة .

قال الشيخ : يريد في القلال أنها تراق وتغسل جيدًا وتملأ ماءً ، ثم يكال ذلك

الماء فتعطى مثل كـيله خلاً ، وإن كانت مكاييل مثل مكاييلنا ، اكتـيل ذلك الخمر بها وأعطى مثله خلاً .

ودليلنا : لأن ذلك القلال نجسة فلا يكال بها ، وتكسر بعد ذلك لأنها مسلم .

وقال غـيره على قول سـحنون : إنما لم يكن لها مقـدار القلال ، لأن من نكح بشيء بعينه كصبرة بعينها فاستحقت ، فعليه قيمتها .

ومن « المجموعـة » : قال ابن الماجشون : إذا تزوجهـا بشيء يكال ويوزن بعينه فاستحق ، رجعت بمثله .

قال الشيخ : فصار في هذا إذا تزوجها [ ] مما يكال أو يوزن [ ] أحدهما يرجع بمثله والثاني بقيمته .

قال مالك : وإن تزوجها على عبد بعينه فقبضته فوجدت به عيبًا فلها رده وترجع على الزوج بقيمته .

يريد : يوم عقد النكاح بخلاف البيع .

ابن حبيب : كان ذلك قبل البناء أو بعده .

قال مالك : وإن فات العبـد عندها بعتق أو بشيء يكون فوتًا ، رجعت بقـيمة عيبه ، فإن حدث به عندها عـيب مفسد فلها رده ، وما نقصه وأخذ قيـمته أو حبسه وأخذ قيمة العيب القديم .

قال ابن القاسم : والخلع عندى مثل النكاح سواء يكون للزوج في العيب مثل ما وصفنا للمـرأة سواء ، وإن تزوجهـا على أمة فأصـابتها ذات زوج ولم يخـبرها به ، فذلك عيب ولها ردها وأخذ قيمتها ، وكذلك الخلع في هذا سواء .

فإن تزوجها على غير مهر مسمى ففرض لها نصف دار له فرضيت بذلك ، ففيه الشفعة بقيمته .

يريد : إذا فرض لها ذلك قبل البناء .

وأما إن دخل بهـا ثم فرض لها ذلك فإنما يأخـذه الشفيع بصداق مـثلها ، وهي منصوصة هكذا وذلك بيِّن .

وإن تزوجها على صداق مسمى أو تزوجهـا ولم يفرض لها صداقًا فأعطاها رهنًا

بالصداق المسمى أو بصداق مثلها فهلك الرهن بيدها ، فإن كان الرهن حيوانًا فلا شيء عليها والمصيبة في الزوج ، وإن كان مما تغيبت عليه المرأة فهو منها .

فصل

قال مالك : وإذا أظهر الزوجان مهرًا وأسرا دونه ، أخذ بما أسرا إن شهد به عدول .

في ضمان الصداق عن ولده أو أجنبي في صحة أو مرض ، وكيف إن لم يضمن

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : ومن زوج ابنته وضمن لها الصداق في عقد النكاح أجزته .

قال ابن القاسم : ولا يرجع به الآن على الزوج ، لأن ضمانه الصداق هاهنا على وجه الصلة والصدقة .

قال مالك : فإن مات الأب قبل أن تقبض البنت صداقها استوفته في مال أبيها ، فإن لم يترك الأب شيئًا فلا شيء لها على الزوج إذا كان قد دخل بها .

قال ابن القاسم : فإن لم يكن دخل بها فلا سبيل للزوج إليها حتى يعطها مهرها، وكذلك **قال مالك** فيمن قال لرجل : بع من فلان فرسك والثمن لك عليَّ ، فباعه ثم هلك أيضًا من قبل أن يقبض البائع الثمن : إن للبائع أخذ الثمن من مال الضامن ، فإن لم يدع شيئًا فلا شيء له على المبتاع ، وكذلك من ضمن لأحد شيئًا فيخرج من يده للآخر شيئا على وجه الصلة .

و**قال مالك** فيمن تزوج ابنه الصغير في حجره ولا مال للابن : إن الصداق على الأب ، فإن مات الأب أخذته الزوجه من ماله ولا يحاسب الورثة الابن بذلك ، ويدفع إليه ميراثه كاملاً مما بقى ، وإن كان على الأب [ق / ٧٢ / ٣ أ] دين كان للمرأة أن تخاصم بصداقها .

قال : فإن كان للابن مال لم يكن على الأب شيء ، إلا أن يشترطه الأب على نفسه ويضمنه عنه ، فهو على الأب ولا يرجع به على الابن .

قال ابن المواز : إلا أن يكون ذلك من الأب على وجه الحمالة لا على وجه الحمل ، فيكون للأب أو لورثته بعد الرجوع على الابن ، وهذا إذا كان له يوم زوجه

الأب مال ، فإن لم يكن له يومئذ فإن ذلك على الأب على كل حال ،وكذلك لو كتبه على الابن فهو على الأب ولا يتبعه ما كتب .

وقال أصبغ : بل يكون ذلك على الابن ، فهو عليَّ .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب ألينا أنه على الأب ، إلا أن يقول الأب: إنى لست منه في شيء ، وإنما لكم ذلك على ابنى ، فهذا إن علم الابن بعد البلوغ وقبل الدخول كان فيه بالخيار ، إن شاء أن يلزمه نفسه ويثبت النكاح ، وإن شاء لم يلتزمه ، ويفسخ النكاح ، وإن دخل قبل أن يعلم وبعد البلوغ أسقط عنه ما فوق صداق مثلها ويثبت النكاح .

ومن « المدونة » : قال مالك : والرجل الذى له الشرف يزوج رجلاً ويضمن صداقه ، فهذا لا يتبعه بشيء أيضًا .

قال ابن القاسم : وليس هذه الوجوه فيما سمعنا من مالك بمنزلة حمالة الديون التى يرجع من تحمل بها على الذى تحمل عنه ، وإنما ذلك بمعنى الحمل والصلة ، وليس كهبة لم تقبض وهو كمن وهب لرجل مالاً ، فلم يدفعه إليه حتى قال لرجل : بعه فرسك بالذى وهبت له وأنا ضامن له حتى أدفعه إليك ، فقبض الرجل الفرس ، فأشهد على الواهب بالذهب ، فإن هذا يثبت للبائع على الواهب ، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات ولم [ق/ ٣٧ / ٣ ب] يدع مالاً ، فلا يرجع البائع على الموهوب بشيء من ثمن الفرس ، فإنما وجب ثمن الفرس للبائع على الواهب ، وكذلك الصداق وعلى هذا ينبى ، وهذا محمله .

قال مالك : وإن ضمن الأب صداق ابنه البالغ ، ودفعه عنه ثم طلق الابن قبل البناء رجع نصف الصداق للأب ، وليس للابن منه شيء ، ولو لم يدفعه الأب رجعت عليه المرأة بنصفه ولا يرجع الأب على الابن بشيء مما أدى عنه .

قال **ابن حبيب** : وإن ألقى النكاح فاسدًا رجع إلى الأب ما أدى عنه ولو تبارآ الزوجان قبل البناء على المشاركة والنكاح صحيح رجع الأب بما أداه وسقط عنه إن لم يؤد ، قاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون : يرجع إلى الزوج النصف الذى يجب لها بالطلاق ، كما لو بارأها بعد البناء على رد جميع الذى وجب لها بالبناء جاز ذلك للزوج .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن العطايا إذا كانت في أصل عقد النكاح هل تفتقر إلى القبض ؟

فقال : لا تفتقر إلى القبض ولا تبطل بموت المعطى قبل القبض ، لأنه باب معاوضة بما نكح الزوج عليها قبل ، فإن كان فيها غرر لعدم الصفة لما يعطى ونحوه، أيبلغ به الفسخ ؟

قال : لا لأن العطايا إنما هي بشيء مشترطة للمرأة لا للزوج فلا يضمن النكاح كونها مجهولة .

قيل : فإن طلق الزوج قبل البناء أو مات ، هل ترجع هذه العطايا إلى المعطى لسقوط النكاح الذى لأجله كانت العطايا ؟

فقال : لا ترجع إليه لأنه قد منع منها مرة فلا ترجع إليه بطلاق المرأة ولا بموتها كالاعتصار ، وإذا طرأ ما يمنع منه ثم زال المانع أنه لا يرجع ، وإن كان قد اختلف في بعض ذلك إذا زالت موانع الاعتصار ، ولكن لا يدخل هذا الاختلاف في مسألتك .

قيل : فهذه العطايا إنما كانت مشتركة بهذا النكاح ولأجلها نكح الزوج ، وزاد في الصداق : فإذا زال النكاح وجب زوالها بزواله كما إذا حمل صداق ولده ثم طلق الولد قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب .

فقال : ليس هذا لأن الصداق هاهنا عوض عن البضع ، فإذا زال ملك الزوج عن البضع زال الصداق الذى بسببه أعطيه الزوج ، وفي مسلك العطايا ليست عوض البضع إنما هي عطايا للزوجة ، فليس له رجوع فيما أعطاه لها ، وليس هو حكم بينه وبين الزوج .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا من أهل بلدنا : إذا انفسخ النكاح قبل البناء رجعت العطايا إلى الأب كالذى حمل الصداق على ابنه الكبير ثم طلق قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب ، وأعاب بعض فقهائنا هذا القول وغلط وصوب قول الشيخ أبى بكر بن عبد الرحمن واحتج بمثل حجته ، وزاد بأن قال : الصداق عوض عن البضع ، وإنما يجب جميعه بالبناء ، فمتى سقط منه شيء رجع ذلك إلى الحامل، وليس الصداق في الحقيقة عوضًا عن العطايا وعن البضع ، ولا الزوج

كالمشترى لها إذا زاد من أجلها ، ولو كان ذلك لكان النكاح فاسدًا ، وإنما زيادته في الصداق من أجلها كزيادته لجمالها .

قال الشيخ : وظهر لي أن القياس ما قاله بعض شيوخنا ، وأنه لا فرق بين حمله عن ولده الصداق وبذلك انعقد نكاحه ، وبين إعطائه عرضًا وإعطاء ابنته عرضًا وعليه انعقد النكاح ، فإذا انفسخ العقد الذى من أجله كانت العطايا يوجب انفساخها وكأن الأب قال للزوجة : تزوجي ابنى وأنا أصدق عنه في مالى مائة دينار ، أو قال لرجل : تزوج ابنتى وأنا أعطيها من مالى مائة دينار ، فعقدا على ذلك ثم انفسخ النكاح ، لوجب أن يرجع في عطيته ، وهذا كمن قال لرجل : بع من فلان سعلتك بمائة وأنا أعطيك ثوبًا ، فانعقد الأمر على ذلك ثم استحقت السلعة أو وجد بها عيبًا فردت ، أنه يرفع في عطيته ، لأنه إنما أعطاه ذلك من أجل البيع ، فلا تتم عليه العطية وليس الصداق في الحقيقة عوضًا عن البضع والعطايا ، ألا ترى أن الأب إذا أعدم بالعطايا كان للزوج فسخ النكاح ، فلو لم يكن عوضًا لما وجب فسخه ولم يفسد ذلك النكاح، لأن العطية ليست للزوج وإنما هو كمن قال : أعط فلانًا ثوبًا وأنا أشترى سلعته بمائة دينار ، فإذا انفسخ البيع انفسخت العطية لأن الهبة للبيع تنفسخ بانفساخه سواء كانت للمشترى أو لغيره [ق/ ٣٨ / ٣ ب] وهذا بيِّن ،والله أعلم بالصواب .

ومن « المدونة » : ابن وهب : قال ربيعة : ومن زوج ابنه الصغير والابن ملى ، فالصداق على الابن ، وإن لم يكن مليًا فعلى الأب .

قال أبو الزناد : أو نجعله على الابن فيلزمه .

وقال يحيى بن سعيد : من زوج ابنه صغيرًا أو كبيرًا ولا مال له ،فالصداق على الأب عاش أو مات ، فإن كان [ق / ٧٣ / ٣ أ] لواحد منهما مال فذلك عليه إلا أن يشترطه الأب على نفسه .

قال بعض أصحابنا : معنى قول يحيى بن سعيد : أو كبيرًا ، يريد سفيهًا ، وذلك عندى سواء ، لأنه هو عقد عليه ، فالصداق عليه إلا أن يظهر أنه على الابن كالوكيل يشترى سلعته والثمن عليه ، إلا أن يقول الموكل : ينقدك دونى .

ومن « المدونة » : قال ابن وهب عن مالك : إذا كان الولد صغيرًا لا مال له

فزوجـه الأب ، فالصداق على الأب ولا يلزم الابن مـنه شيء وإن أيسر ، ولا يرجع الأب به على الولد ، إذ لا يسر للابـن وإنما ذلك بمنزلة ما أنفق عليه وإن زوجـه بنقد ومؤخـر ، ووقع التقـديم أيسر الولد ، فـأراد الأب أن يجعل مـؤخر الصـداق على الابن، فليس ذلك له وهو على الأب .

قال عبد الوهاب :وإذا زوج الأب ابنه الصغير ، فـإن سمى الأب الصداق عليه لزمه وكان دينًا عليه للمرأة .

وإن أطلق فلم يسم على من الصداق نظر ، فإن كان للصـبى مال فالصداق عليه إلا من شرط عـقود المعاوضـات أن يكون العوض على من يملك المعوض ، كـما لو اشترى له ثوبًا أو عقاراً .

وإن لم يكن له مال فالصداق على الأب ، لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن دينه للذى يحتاج إليه ، لأن الصبى لا يحتاج إلى التزويج ، فإن أيسر الابن لم ينتقل الوجـوب إليه لأنه استقـر على الأب ، وإن أعسر الأب بعـد بلوغ الابن وقبل دخولـه ، وقالت المرأة : لا أسلم نفـسى إلا بعد قـبض الصداق . قـيل للابن : إن أردت فأدى الصداق وادخل ، وإلا فطلق ولا يلزمك شيء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم عن مالك : ومن زوج ابنه الصغـير في مرضه وضمن صداقه مـا يجز الضمان لأنه وصية لوارث ، وجـاز النكاح ، فإن شاء الابن البناء وهو كبير أدى الصداق ودخل بزوجته ، وإلا لم يلزمه الصداق وفسخ النكاح .

ابن المواز : قيل لمالك : فإن بـلغ الابن في مرض أبيه فدخل بهـا وقبضت المرأة صداقها من الأب ثم مات الأب .

قال : فـالصداق مـردود وعلى ورثة الأب ، ولا يكون ذلك لها ، لأنهـا عطية لوارث فيكون صداقها دينًا على زوجها تتبعه به .

قـال ابن المواز : ولا يحـال بينه وبينهـا لذلـك ، وذلك إذا بقى في يديهـا ربع دينار، وإلا حيل بينهما حتى يدفع ربع دينار .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان الولد صـغيراً وله مال ، نظر فـيه وليه أو وصيه ، فإن رأي في إجازة ذلك غبطه رفع إليها الصداق من مال الولد وثبت النكاح وإن رأى غير ذلك فسخه .

وإن طلبت الزوجة ذلك في مرض الأب لم يكن لها شيء من مال الأب .

وقد **قال مالك** فيما يضمن الأب عن ابنه في مرضه : لا يعجبنى هذا النكاح .

قال ابن القاسم : وإن صح الأب لزمه الضمان ، ثم إن مرض بعد صبيحة فقد ثبت عليه الضمان .

قال ابن المواز : وإن ضمن الأب صداق ابنته في مرضه فابن القاسم وأشهب يريانه كالوصية لابنته فهى باطلة إن مات .

وقال ابن وهب وعبد الملك : هي وصية للزوج من الثلث ، وقاله مالك .

ابن المواز : وهو القياس إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها فترد الزيادة ، فإن طلقها قبل البناء وقبل موت الأب فلها نصف المهر من ثلثه ، ولا شيء للزوج في النصف الباقي ، لأنها عطية ألزمته في نكاحه ، فما لم يجب عليه فهو عطية لم تقبض ، وما وجب عليه فهو كالمقبوض .

قال ابن الماجشون : وقال ابن دينار وغيره من أصحابنا : إن طلقها قبل البناء فلا شيء في تركه الأب ، لأنه أعطاها لها على أنه إن هي دخلت تمت لها وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية للوارث ، وخالف ذلك عبد الملك وأخذ بقول مالك .

قال ابن المواز : وهو الصواب ، وقد سئل أشهب فيمن أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ولم يدخل بها زوجها ، ثم مات الأب .

فقال : إن ترك مالاً أخذ من ماله .

قال ابن المواز : فقد ترك قوله الأول لهذا ، لأنه لو كانت الأولى عطية للابنة كانت هذه مثلها ، لأنه إنما يخرج ذلك من ماله لابنته ، فهو بمنزلة ما لو قال : ادفعوا ذلك لها عن زوجها .

قال الشيخ : **قال بعض أصحابنا** : إذا زوج ابنه الصغير ولا مال للابن وشرط في عقد نكاحه أن يعطيه دارًا أو مالاً ، نحا بعض [ق / ٣٩ / ٣ ب] شيوخنا من أهل بلدنا أن الصداق يكون على الابن لا على الأب ، لأنه صار موسرًا بما أعطاه الأب .

قال : وفي المسألة نظر ،لأنه لم يتقدم يسره بهذا المال قبل عقد النكاح ، وإنما

صار موسراً بعد عقد النكاح .

قال الشيخ : والصواب ما **قال الشيخ** ، لأنه معلوم أنه لم يتم العقد إلا بيسره ، فهو كالموسر قبل العقد ، وإنما العلة أن يكون له مال ، وبالعقد يؤخذ منه الصداق ، وذلك موجود في هذا ، وأما الفقير فالأب كالمشترى له : فالثمن عليه إذ لا حجة له بأن يقول : يدفع ذلك من ماله وهو لا مال له ، والله أعلم .

ابن حبيب : ومن زوج الصغير والكبير أو أجنبيًا وضمن صداقه ، ثم قال الأب: إنما أردت الحمالة ، أو قال : ورثته بعد موته ، وقالت الزوجة أو الابن أو الأجنبى : بل أراد الحمل فإن لم تذكر البينة تفسير ذلك فهو على الحمل حتى ينص على الحمالة نصًا ، قاله ابن الماجشون .

قال الشيخ : لأن العرف في ضمان الصدقات أنه على الحمل حتى يشترط غيره.

ابن المواز : **قال ابن القاسم** : وإذا تزوج الصغير واشترط عليه شروطًا بتمليك وعتق وطلاق ، فأجاز وليه ذلك أو زوجه وليه على ذلك ، فلا يلزمه منها شيء إلا أن يلزمها نفسه بعد البلوغ .

وإذا بلغ قبل البناء وعلم بالشروط ودخل عليها لزمته .

وإن بنى ولم يعلم بها لم يلزمه منها شيء قال : وإذا لم يرض قبل البناء بالشروط قيل له : إما أن ترضى أو تطلق وتغرم نصف الصداق .

قال أصبغ : وإذا اختار الفسخ فلا شيء عليه ولا على أبيه إذا لم يدخل ، ولو كان يوم زوجه لا مال .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا إلا أن تسقط المرأة الشروط فيلزمه النكاح ، كرسول الرجل يزوجه بشرط ، فإن بنى بعد العلم لزمه وإن لم يبن ولم يرض ، فإما رضيت بغير شرط وإلا فسخ ولا شيء عليه .

قال أصبغ : ولا على الرسول إن كان زعم أنه أمره بذلك .

قال غيره : ولو قال الصبى : شرط هذا عليَّ وأنا صغير ، وقال أولياء المرأة : بل وأنت كبير ، فعلى الزوج البينة . وإلا حلف أولياء المرأة ولزمته تلك الشروط [ق/ ٧٤ / ٣ أ] .

في حد الصداق وفي الصداق بأقل من ربع دينار

قال بعض البغداديين : لا حد لأكثر الصداق إجماعًا ، وأقله عندنا ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أو ما يساوى أحدهما بناء على القطع في السرقة ، لأنه عضو محرم تناوله بحق الله تعالى ، لا يستباح إلا بمال ، فوجب أن يكون مقدسًا كمثل ما يقطع فيه السارق ، ولأن المهر في النكاح حق لله بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز ، وحقوق الله في الأموال مقدرة كالزكاة والكفارات.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فأقل الصداق ربع دينار ، فمن نكح بدرهمين أو بما يساواهما ، فإن رضى الزوج أن يتم لها ثلاثة دراهم ثبت النكاح ، وإن أبى فسخ النكاح قبل البناء ، وإن كان قد دخل بها جبر على أن يتم لها ثلاثة دراهم ، ولا يفسخ لاختلاف الناس في هذا الصداق ، لأن منهم من قال : ذلك صداق جائز ، ومنهم من قال : لا يجوز .

وقال غيره : يفسخ قبل البناء وإن أتم الزوج ربع دينار ، ويفسخ أيضًا بعد البناء ولها صداق مثلها وهو كمن تزوج بلا صداق .

قال ابن القاسم : وإن طلقها قبل البناء فلها نصف الدرهمين لاختلاف الناس في أنه صداق .

قال ابن المواز : **قال مالك** : أقل الصداق من الذهب ربع دينار ومن الورق ثلاثة دراهم ومن العروض ما قيمته ثلاثة دراهم ، ومن تزوج بدرهمين فإن لم يدخل جبر، فإن أتم لها ثلاثة دراهم وإلا أوقعت عليه طلقة وكان لها نصف الدرهمين .

فإن دخل ، فقال عبد الملك : يلزمه تمام صداق المثل .

وقال ابن القاسم وأشهب : يتم لها ثلاثة دراهم .

قلت : فقول ربيعة : يجوز بدرهم .

وقال يحيى بن سعيد : يجوز بسوط ونعلين .

قال : ولو أجزته بدرهم لأجزته بأقل منه إلى ما لا يكون صداقًا ، وقد أجمل الله سبحانه ما يقطع فيه اليد في السرقة ، فوقت النبي ﷺ فيه ربع دينار ، فهو ماله بال فلا يباح الفرج بما لا بال له وهو تأثير كالعضو .

وأما يحيى بن سعيد في قوله : بسوط ونعلين ، فقد استثنى إذ كان ذلك صداقًا.

قال الشيخ : وقال البلياني في كتابه : إن أبى أن يتم لها ربع دينار فرقنا بينهما بطلقة ، ولا شيء لها لا نصف الدرهمين ولا غيره .

ورجح ابن الكاتب هذا ، وقال : هو الذى يوجبه النظر ، لأنه إذا كان الفسخ من الصداق من أجل أنه عندنا ليس بصداق ، فكيف تعطى نصف ما وجب الفسخ من أجله ، ولأنه إنما يفسخ لحكم ، فكيف يكون حكمه بالفساد ومن أجل فريضته حكم بصحة الفريضة ، إذ لا تستحق الزوجة [ق/ ٤٠ / ٣ ب] إلا نصف ما يصح، وليس الفسخ كطلاقه إياها ، كاختلاف الزوجين في مقدار الصداق قبل البناء لأنهما إذا تحالفا انفسخ النكاح ، ولم يكن عليه في الصداق شيء .

وإذا طلق قبل التحالف لزمه نصف ما أقر به .

وإن كان قادراً إذا حلفت الزوجة على ألا يحلف ويتم لها ما قالته وتبقى على نكاحه ، فهو كالمتزوج بدرهمين ، إذ له البقاء على النكاح بتمامه ربع دينار .

فإذا لم يتمه فسخ ، وإن طلق لزمه نصف الدرهمين .

قال الشيخ: والصواب ما قاله **ابن المواز**، وإليه ذهب أبو الحسن، وإنما كان لها في الفسخ نصف الدرهمين ، لأن بعض العلماء يراه نكاحًا صحيحًا لا يجوز فسخه ويسعده حديث « الموطأ »، وإنما فسخه عندنا على طريق الاستحباب ، إذ لو كان فاسداً لم يجب الثبات عليه، وإن أتم ربع دينار فراعينا الخلاف فيه لقوته وجعلنا حكمه حكم من طلق، إذ لو شاء الثبات عليه لأتم ربع دينار، فإذا لم يتمه صار كمختار للطلاق فوجب عليه لذلك نصف الدرهمين، وليس ذلك كالاختلاف في قدر الصداق، لأن هذا لو رضيت الزوجة بقول الزوج لتم ، ولا يجوز لها الرضا بالدرهمين، لأن النكاح في الاختلاف في الصداق صحيح بإجماع، وإنما اختلفنا في ثمنه كاختلاف المتبايعين في الثمن، فالعلل مفترقة وعلى العلل يقاس لا على الجواب.

وما روى مالك في « الموطأ » أن الرسول عليه السلام جاءته امرأة قالت: يا رسول الله ، إنى قد وهبت نفسى لك فقامت قيامًا طويلاً ، فقال رجل : يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله ﷺ : « هل عندك من

شيء تصدقها إياه ؟» فقال : ما عندى إلا إزاري هذا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك فالتمس شيئًا » فال : ما أجد شيئًا ، فقال : «التمس ولو خاتمًا من حديد » فالتمس فلم يجد شيئًا ، فقال له رسول الله ﷺ : «هل معك من القرآن شيء ؟ » ، فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا - لسور سماها - فقال له النبي ﷺ : « وقد زوجتكها بما معك من القرآن » [1].

قال مالك : ليس عليه العمل .

قال عبد الوهاب : ويستحب لمن تزوج أن يدفع شيئًا من الصداق قبل الدخول ، وأقله ما يستباح به الفرج وهو ربع دينار ، لأنه عليه السلام فعل ذلك لما زوج فاطمة من على رضي الله عنهما .

في المرأة تحدث في الصداق هبة أو عتقًا أو بيعًا أو شراءً أو زكاة أو غير ذلك

قال بعض أصحابنا البغداديين : الأصل عندنا أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكًا غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول ، لأنه لو كان ملكًا مستقرًا لم يجد أن يبطل بعد استقراره ، وقد ثبت أنها لو ارتدت أو كانت أمة فعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول ، لم تستحق شيئًا ، لأن الفسخ من قبلها ، ولو طلقت قبل البناء لملكت النصف ، فدل أنه غير مستقر وإنما يستقر بالموت أو بالدخول .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : وإذا وهبت المرأة صداقها للزوج بعد أن قبضته أو قبله وهي جائزة الأمر ثم طلقها كقبل البناء ، فلا رجوع له عليها بشيء ، لو وهبته نصفه فله الربع عليها إن قبضته أو لها عليه إن لم تقبضه ، وكذلك في هبتها ستين من مائة أو أربعين وقبضت الباقى ، كأنها عليها نصف ما قبضت .

قال الشيخ : وكأن لم يصدقها غيره .

ومن كتاب محمد : وإذا وهبته قبل البناء جميع صداقها جبر على ألا يدخل [ق/ ٧٥ / ٣ أ] بها حتى يعطيها ربع دينار فأكثر ، فإن لم يفعل حتى طلق ولا شيء عليه ، ولو قبضته ثم وهبته فلا شيء لأحدهما على الآخر .

ومن « **العتبية** » : ابن القاسم : ومن تزوج بكرًا بمائة دينار فأعطته ذلك من عندها ثم علم الأب ، فالنكاح ثابت ، بنى أو لم ين ، ويرد ما أخذ منها ويغرم

---

(١) أخرجه البخارى (٤٧٤٢) ، ومسلم (١٤٢٥) .

المائة من ماله ، كالعبد يعطى مالاً لمن يشتريه .

قال في رواية عيسى : ومن أعطته امرأة مائة دينار يتزوجها بها ، فإن كانت ثيبًا فزادها على ما أعطته ربع دينار ، فالنكاح جائز ، وإن كانت بكرًا ولم يبن بها ، فإن أتم لها الصداق وإلا فسخ ، وأصل النكاح صحيح .

وإن بنى فلها عليه صداق المثل ، ثم رجع فقال : النكاح ثابت بنى أو لم يبن ، فإن كانت بكرًا فعليه أن يعطها من ماله مثل ما أعطته ، وإن كانت ثيبًا فزادها من ماله ربع دينار لم تكن لها حجة .

وذكر عن ابن عمران فيما جرى من عادتهم في القيروان في رد النقد إلى الزوج أن ذلك نكاح وسلف ، لا يجوز إذا وقعت الغيبة على النقد ، ولو لم يغب عليه واشترط ذلك كان النكاح صحيحًا ، فإذا فسد النكاح فيما ذكرنا فسخ قبل البناء ويثبت بعده لأنه [ق/ ٤١ / ٣ ب] فساد في الصداق ويكون له صداق المثل .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن وهبت أمرها لأجنبى قبل قبضه وهي جائزة الأمر كان حمله ثلثها جاز ، وإن جاوز الثلث بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج .

وقال ابن القاسم : إذا حمله الثلث وكانت جائزة الأمر فلم يقبضه الموهوب له حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرة يوم طلقها ، فللموهوب أن يأخذ من الزوج جميع الصداق ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه .

وإن كانت يوم طلق موسرة حبس الزوج نصفه ودفع الزوج نصفه إلى الموهوب له .

ولو قبض الأجنبى جميعه قبل الطلاق ، لم يرجع عليه الزوج بشىء ، كانت الزوجة يوم الهبة موسرة أو معسرة أو الآن ، لأن دفعه ذلك إليه وهى معسرة إجازة لما فعلته ، ويتبع الزوج المرأة بنصفه .

ابن المواز : وروى ابن القاسم : أن للمرأة أن ترجع على الموهوب بما تغرم للزوج ، وهذا خلاف لقوله الأول .

ومن « المدونة » : قال غيره : إذا كانت يوم الهبة موسرة ولم يقبضه الموهوب حتى طلقت ، لم ينظر إلى عسرها يوم الطلاق ، وعلى الزوج دفع جميعه إلى الموهوب ، وللزوج متابعتها بنصفه .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم أنه لما كان ملكها للصداق ملكًا غير مستقر ، وأن للزوج أن يطلق فيستحق نصفه ، كان هبتها لذلك النصف ضعيفة لحق الزوج فيه، ولقول من يرى أن الهبة لا تتم إلا بالقبض فلما ضعفت ، لهذا استحسن ابن القاسم أنها إن كانت موسرة يوم الطلاق كان على الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأن الزوجة أملك به قبل الطلاق ، وإذ لا ضرر عليه في ذلك ، لأنه يرجع عليها بحقه .

وإن كانت معسرة كان له حبس نصفه لحقه فيه ولمراعاة الخلاف ، ولما يلحقه من الضرر .

ووجه قول غيره : أن الزوجة لما كانت إملاكًا بجميع الصداق قبل الطلاق وكان ثلثها يوم الهبة عمله كانت هبتها فيه جائزة ، ولا كلام للزوج فيه فلا ينظر إلى ما حدث بها بعد ذلك ، وعلى الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأنه كان له دينًا عليه .

وذكر أن أبا عمران قال : قول الغير أقيس لأن هبة الدين إذا كان في ذمة فهو متفوض ، سواء مات الواهب أو أعدم ، وابن القاسم ضعف أن يكون مقبوضا وكان الزوج عنده أدرك [عين][1] سببه ، فهو أولى به .

وانتصر ابن الكاتب لابن القاسم ، فقال : الحيازة التى كانت من الزوج قد انكشف أنها لم تكن للموهوب في جميع الصداق ، وإنما كانت في نصفه لظهور استحقاق الزوج ، فإن كانت موسرة مضى فعلها لأنها فعلت ما يجوز لها ، وهي معطية عوضًا مما وهبت .

يريد : وإذا كانت معسرة فحق الزوج في النصف أبدًا لاستحقاق ذلك بالفراق يوم الطلاق ، وأن الزوجة لا تستحق إلا نصفه فكان الزوج أولى بأخذ ما نص له به الفراق من موهوب لا يستحق ذلك واهبه ، وقد أطال في ذلك الحجاج ، فاقتصرت على بعضه ومفهومه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو أصدقها حيوانًا بعينه ، فقبضت ذلك المرأة ثم وهبته لأحد وهي جائزة الأمر ، ثم طلقها الزوج قبل البناء كان له عليها نصف قيمته يوم وهبته بما عند الموهوب أو نقص .

وقال بعض الرواة : بل نصف قيمته يوم قبضته ، لأنها ضامنة له لو هلك .

---

(١) سقط من أ .

وقول مالك أولى ، لأنها لم تضمنه بالقبض ، فيلزمهـا إذا تعدت فيه قيمته يوم قبضته ، كـالغاصب أو كالبيع الفاسد ، بل كان ضـمانه منها ، لأنه لو مات ثم طلق الزوج قبل البناء لم يرجع عليهـا بشيء ، فقبضها وغـير قبضها سواء ، فـإنما يلزمها قيمته يوم أحدثت فيه ما أحدثت .

قال ابن المواز : ولو باعته ثم طلقها قبل البناء ، جـاز بيعها ورجع الزوج عليها بنصف الثمن .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : **قال مالك** : ولو نكحها بعبـد بعينه فدفعه إليها فأعتقته، ثم طلقها قبل البناء فله عليه نصف قيمته يوم أعتقته .

ابن المواز : وقال عبـد الملك : بل نصف قيمتـه يوم قبضته ولا يـعجبنا ذلك ، لأن ضمانه منها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : لا يرد العتق ، مـوسرة كانت أو معـسرة ، لأنها إن كانت يوم أعـتقته موسـرة لم يكن للزوج كلام ، وإن كانت معـسرة ، وقد علم الزوج بعتقها فلم يغير ذلك ، جاز العتق .

فإن علم ذلك وأنكر عتقها وهي معسرة ، كان له رد العتق ، ولا يعتق من العبد شيء ، لأن مالكًا قال : إذا أعتقت المرأة عبـدها وثلثها لا يحمله فلزوجها رده ، ولا يعتق منه شيء .

قال ابن القاسم : فإن رد الزوج عتقها ثم طلقها قبل البناء فأخذت نصف العبد، فإنه يعتق عليها النصف الذى صار [ق/ ٤٢ / ٣ ب] لها .

وقال أشهب في غير « المدونة » : لا يعتق إذا رد الزوج عتقها أو لا .

وقال أشهب وعبد الملك : وروى لمالك أن ذات الزوج إن أعتقت ثلث عبد ، لا تملك غير ذلك العبد ، خير الزوج ، فإما أجازه فيعتق جميعه ، أو يرده فلا يعتق منه شيء .

وقال ابن القاسم : يعتق ثلثه فقط وإن كره الزوج ، ورواه عن مالك .

ومن « المدونة » : ابن القـاسم : ولو تـزوجت ولهـا عبـد لا مال لهـا غيـره ، فأعـتقتـه كله فرد الزوج عتـقها ، ثم مـات عنها أو طلقهـا ، فإنه يعتق عليـها الآن جميعه.

وقد **قال مالك** في المفلس إذا رد الغرماء عتقه ثم أفاد مالاً: إن العبد [ق/ ٧٦/ ٣ أ] يعتق عليه ،فأرى الزوجة في عتقها بمنزلة المفلس في عتق عبده فيما وصفنا.

وقد بلغنى عن مالك أنه قال في الزوجة : يعتق عليها العبد إذا مات زوجها أو طلقها ، ولا أدرى هل كان يرى أن يقضى لذلك عليها أم لا ، والذى أرى ألا تستخدمه ويعتق عليها بغير قضاء ، وفي العتق الأول وجه ذلك ، والفرق فيه .

وفي كتاب محمد : قال ابن القاسم :وإن كانت غنمًا فزكتها ، رجع بنصفها ناقصة ، ولو كانت مائة فزكتها درهم رجع بمائة كاملة .

ابن المواز : لأنها في العتق ضامنة فيها لها ، وما ادعت أنه تلف مما قبضت صدقت فيما يصدق فيه المستعير والمرتهن مع يمينها ، وما يغاب عليه من عين أو عرض ، ولا تبرأ من ضمانه إلا ببينة ، قاله ابن القاسم وعبد الملك .

قال أصبغ : وأرى في العين خاصة أنها تضمنه ، وإن قامت بينة بهلاكه بغير تفريط .

قال ابن المواز : لا يعجبنى قول أصبغ ، ولا تضمن إذا قامت البينة بهلاكه إلا أن تحركه لغير جهازها ،وهو كالوديعة .

قال عبد الملك : ولو لم يطلقها فادعت تلف ما يغاب عليه وطالبها أن تتجهز بالصداق فليس ذلك له ،لأنه مالها ضاع ، فلا تضمن مالها وعليها اليمين ، وبالطلاق يصير مالاً له .

وقال عبد الملك في « العتبية » : عليها أن تخلف ذلك من مالها إذا لم تقم بينة بهلاكه لتشترى به جهازها .

ابن المواز : قال أصبغ : ولو اشترت بألفين جهازها بأمر معروف ظاهر ، فضاع أو تلف ، لم تضمن كما لو أصدقها ذلك بعينه .

قال ابن المواز : وما أكلت من مهرها ، فإن طلق قبل البناء حوسبت به ، وإن لم يطلق وبنى فلا شيء عليها .

وقال ابن عبد الحكم عن مالك في المرأة المحتاجة : لها أن تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسى ، وروى مثله عن ابن القاسم في « العتبية » .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ومن تزوج امرأة بألف درهم فاشترت منه بها داره أو عبده أو ما لا يصلح لجهازها ثم طلقها قبل البناء ، فإنما له نصف ذلك ، وهي بمنزلة ما لو أصدقها إياه .

ولو أخذت منه الألف ثم اشترت ذلك من غيره ، رجع عليها إذا طلقها بنصف الألف درهم ،وكان لها نماؤه وعليها نقضانه ومنها مصيبته .

قال الشيخ : لأنها انفردت بمنفعته دونه ولم يدخل على ذلك .

قال مالك : إلا أن يكون ما اشترت من غير الزوج مما يصلحها في جهازها مثل خادم وعطر وثياب وفرش وأسرة ووسائد وكسوة ونحوه ، فليس للزوج إذا طلقها إلا نصف ذلك .

قال عبد الوهاب : لأن العرف شراء الجهاز بالصداق ، فقد دخل الزوج على ذلك ، وصارت كأنها فعلت ذلك بأمره وتصريحه ، لقوله تعالى : ﴿ **خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ** ﴾[١] ، ولأنه عليه السلام أخذ صداق فاطمة فصرفه في جهازها من طيب وفراش ووسائد على ما روى في الخبر ، وفعله على الوجوب ، ولأن عليًا رضي الله عنه حكم بذلك في قضية ارتفع إليه فيها ، فقضى على الأب بتجهيز ابنته بالصداق ، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف ما دفعه ، وقال : أعطيت دراهم وأخذ صوفًا وخرقًا ، قال : أنت أضعت مالك ، ولم يخالف عليه أحد .

ومن « المدونة » : قال ابن وهب عن مالك : وليس للمرأة أن تحبس ذلك وتدفع إلى الزوج نصف ما نفدها ، لأنه كان لذلك ضامنًا فلا يباع عليه ماله وهو كاره ، إلا أن يرضى بذلك .

قال إسماعيل القاضي : إذا اشترت بصداقها من زوجها دارًا وعبدًا ، فإنما ينزل أمرها على التخفيف عنه ، إلا أن يتبين أنها إنما قصدت الشراء منه كما تشترى من غيره للرغبة في ذلك ، فيرجع عليها حينئذ بنصف الصداق .

وذكر عن بعض شيوخنا : إذا تزوجها بدنانير ثم أعطاها فيها عوضًا فاستحق ، فإنما ترجع عليه بقيمة العوض ، وكأن النكاح إنما وقع بذلك العوض ، والدنانير ملغاة كما قال : إذا طلقها قبل البناء إنما له نصف الغرض ، بمنزلة ما لم تزوجها به ،

---

(١) سورة الأعراف (١٩٩) .

وهذا بخلاف البيوع [ق/ ٤٣ / ٣ ب] ، لأن النكاح قد تظهر فيه التسمية في العلانية ويكون في السر غير ذلك ، وليس البيوع كذلك ، كما قال : لو تزوجها بثلاثين دينارًا عشرة منها نقدًا وعشرة إلى أجل وسكت عن العشرة الثالثة ، فالرواية أن هذا العشرة المسكوت عنها تسقط ، ولو كان ذلك في البيع لكانت العشرة المسكوت عنها حالة ، وإنما فارق النكاح البيع في هذا لما ذكرناه أن فيه سرًا وإعلانًا ، فأمره في غير ما وجه يخالف البيوع فاعلمه .

في نماء الصداق ونقصه وغلته وجنايته

قال مالك : وكل ما أصدق الرجل امرأته من حيوان أو رقيق بعينه تعرفه المرأة أو دار، أو غير ذلك مما هو بعينه ، قبضت ذلك المرأة أو لم تقبضه ، فحال سوقه أو نقص في بدنه أو نمى أو توالد ، ثم طلقها قبل البناء ، فللزوج نصف ما أدرك من هذه الأشياء يوم طلق على ما هو به في نقص أو نماء ، لأنه كان في ذلك شريكًا لها .

قال ابن القاسم : ولا ينظر في هذه إلى قضاء قاض ، لأنه كان ضامنًا لنقصها .

قال : ولو هلكت هذه الأشياء بيد المرأة ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء .

قال مالك : ولو هلك ذلك بيده كان له أن يدخل بها ولا صداق عليه ، وتكون مصيبتها من المرأة .

قال ابن القاسم : ولو نكحها في عرض بعينه فضاع بيده ضمنه ، إلا أن تعلم ذلك فيكون منها .

قال مالك : وإن تزوجها على حائط ، فأثمر الحائط عند الزوج وعند المرأة، ثم طلقها قبل البناء والثمر قائم ، فللزوج نصف ذلك كله وللمرأة نصفه .

قال ابن القاسم :وما استهلك أحدهما من الثمن ضمن حصة صاحبه من ذلك ، وما سقى أحدهما في ذلك كان له بقدر علاجه وعمله ، وكذلك إن نكحها بعبد بعينه فلم يدفعه إليها حتى اغتله ثم طلقها قبل البناء ، فالغلة بينهما أيضًا .

وكذلك إن نكحها بأمة بعينها فولدت الأمة عند الزوج أو عندها ، أو اكتسب مالاً ، أو وهب لها ، أو تصدق به عليها ، فذلك كله إن طلقت قبل البناء بينهما .

وكذلك ما غل أو تناسل من إبل أو بقر أو غنم أو من جميع الحيوان ، أو أثمر من شجر أو نخل أو كرم ، فذلك كله بينهما .

ومن استهلك من ذلك شيئًا ضمن حصة صاحبه منه ، إلا أنه يقضى لمن أنفق منها بنفقته التى أنفقها فيه ثم يكون له نصف ما بقى .

وقد قيل : إن كل غلة أو ثمرة للمرأة خاصة بضمانها ، كانت في مالها أو في يد الزوج .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم قوله عليه السلام :« الخراج بالضمان »[(١)] ، فلما كان ضمان هذه الأشياء قبل البناء منهما ، كانت الغلة بينهما ، وهذا أبين .

ووجه قول غيره : لما كان أن لو هلكت هذه الأشياء قبل البناء كان للزوج أن يدخل ولا شيء عليه ، صح أن ضمانها من الزوجة ، فوجب أن تكون غلتها لها .

قال الشيخ : وقول [ق/ ٧٧ / ٣ أ] ابن القاسم أصح ، لأن ملك الزوجة بالصداق ملك غير مستقر قبل البناء ، فإذا وقع البناء صح ملكها له ووجب عليه ضمانه ولها غلته ، فإن طلق الزوج قبل البناء صح ملكها لنصفه وملكه لنصفه ، فوجب أن تكون الغلة بينهما .

ابن المواز : وقد قيل : النفقة والغلة على المرأة ، وأحب إلينا أن تكون النفقة من الغلة ، فإن لم تكن غلة فلا نفقة على الزوج .

قال : وما اغتلت فهلك بينهما من غير سببها لم تضمنه ، وهي فيه مصدقة مع يمينها إن أخذت في الغلة حيوانًا ولا تصدق في هلاك العين إلا ببينة .

وأما الزوج فهو ضامن لما اغتل من عين وغيره لأنه متعد فيما يستغل وفي حبسه .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) ، والترمذى (١٢٨٥) ، والنسائى (٤٤٩٠) وفي « الكبرى» (٦٠٨١) ، وابن ماجه (٢٢٤٣) ،وأحمد (٢٤٢٧٠) ، وابن حبان (٤٩٢٧) ، والحاكم (٢١٧٨) ، والشافعي في « مسنده » (٩١٦) ، والدارقطنى في «سننه » (٣/ ٥٣) ، وأبو يعلى في « مسنده » (٤٥٣٧) ، وعبد الرزاق في « مصنفه » (١٤٧٧٧)، وابن أبي شيبة في « مصنفه » (٤/ ٣٧٣) ، والبيهقى في «الكبرى» (١٠٥١٩) ، والطحاوى في « شرح معانى الآثار » (٥١٣٣) ، قال الشيخ الألباني في « صحيح ابن ماجة » (١٨٢٢) : حسن .

قال الشيخ : ولأن للمرأة استعجال المعين ، ضمانه هو منها ، سواء طلبت الزوج بالدخول أم لا ، وسواء كان الزوج صغيرًا أو كبيرًا ، قاله **ابن حبيب** .

ابن المواز : وما فره أو نمى من بدنه ، فلا رجوع لمن أنفق عليه منهما بما أنفق ، إلا من غلة إن كانت لا تعدوها ، وكذلك لو داوى مريضًا به .

قال ابن القاسم : ولو أنفقت على العبد في تعليم صنعه نفقة عظيمة ، فلا رجوع لها بشيء من ذلك ، وكذلك **قال مالك** في رده بعيب في البيع ، وكذلك ما أنفقته في أدب الجارية وتعليمها الأدب والرقم ، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

بدل قوله : ولو أنفقت عليه في مطعم وملبس رجعت بذلك ، لأن بذلك قوامه وحياته .

وقال **ابن حبيب** : لا ترجع بذلك ، وهو خلاف .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة بعبد ، فجنى عليه جناية ثم طلقها قبل البناء ، فأرش ذلك بينهما ، ولو جنى العبد وهو في يد المرأة فدفعته بالجناية ثم طلقها بعد ذلك ، ولا شيء للزوج في العبد ولا على المرأة إلا أن يحابى في الدفع فلا [ق/ ٤٤ / ٣ ب] تجوز محابتها على الزوج في نصفه إلا برضاه ، وإنما يجوز إذا دفعته على وجه النظر .

قال ابن المواز : وإذا حابت على الزوج ، كان الزوج على خياره في نصفه ، إن شاء أجاز ذلك وإن شاء غرم نصف الجناية وكان له نصف العبد .

فإن مات العبد قبل قيامه ، رجع عليها بما زادت نصف قيمته على نصف الأرش.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كانت المرأة قد فدته - يريد قبل الطلاق - لم يأخذ الزوج منها نصفه ، إلا أن يدفع إليها نصف ما فدته به .

ابن المواز : وإن حابت .

قال أبو محمد : يريد ، إلا أن تعطى أكثر من الأرش .

يريد : لأنها إذا فدته بالأرش وإن كان أكثر من قيمته ، لم يكن للزوج حجة ، لأنها لو أسلمته في الأرش لم يكن للزوج أن يأخذ نصفه إلا بدفع نصف الأرش ،

وذلك لها عليه إذا فدته فلم تدخل عليه ضرراً .

فأما إن باعته وحابت في بيعه ، فإنه يرجع عليها بنصف المحاباة .

والفرق أنه في البيع لا يستطيع الرجوع في نصفه لأنها باعته في وقت كان لها البيع جائزاً ، وقد أتلفت عليه بعض ثمن نصفه ، فوجب له الرجوع به أو في الجناية لم تتلف عليه شيئًا ، لأنه على خياره في نصفه ، وليس عليها واجب أن تفتديه ، فتكون قد أتلفت عليه شيئًا ، لأن المجنى عليه استحق رقبته إلا أن تفديه بالأرش ، وافتداؤه كاشترائه ، وليس واجب عليها أن تشتريه ، فلا تتكلف إخراج ثمنه .

وقد فرق فيه بغير هذا وهذا أبين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو جنى العبد وهو بيد الزوج - يريد قبل الطلاق - فليس للزوج دفعه ، وإنما ذلك للمرأة ،فإن طلقها قبل أن تدفعه وهو عنده أو عندها جاز بمنزلتها في نصفه .

في الصداق يستحق أو بعضه أو زيادة الزوج فيه وتزويجه بمن يعتق عليها

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على عبد بعينه أو أمة بعينها أو دار بعينها ، فاستحق بعض ذلك ، فإن كان الذى استحق من الدار فيه ضرر كان لها أن ترد بقيتها وتأخذ قيمتها ، أو تحبس ما بقى وترجع بقيمة ما استحق فإن استحق منها مثل البيت أو الشيء التافة الذى لا ضرر فيه رجعت بقيمته فقط ، وكذلك العروض .

وأما ما استحق من العبد أو الأمة من عدد قلّ أو كثر ، فهى مخيرة في أن ترد بقيته وترجع بقيمة جميعه أو تحبس ما بقى منه وترجع بقيمة ما استحق .

وكذلك **قال مالك** في البيوع : إذا استحق من الدار والنخل أو الأرضين الشيء التافة الذى لا ضرر فيه ، لزم المشترى البيع ورجع بثمن ما استحق .

وإن استحق من ذلك ما فيه ضرر - يعنى على الأجزاء - خير المبتاع بين أن يحبس ما بقى ويرجع بالثمن ما استحق ، أو يرد ما بقي ويرجع بجميع الثمن .

وأما إن استحق جزءاً يسيراً من عبد أو أمة ، فللمبتاع أن يحبس ما بقى ويرجع بثمن ما استحق أو يرد ما بقى ويأخذ جميع الثمن لضرر الشركة في العبد من منع السفر به ومن الوطء ، وفي الأمة بخلاف الدار .

وأما لو استحق من الدار بيتًا أو ناحية بعينهـا وذلك يضر به في صفقته ، فيفترق الحكم فيه في النكاح من الـبيوع عند ابن القاسم ، أما في البـيوع فليس له أن يحبس ما سلم بحصته من الثمن ، لأن حصة ذلك مجهولة لا تعلم إلا بعد التقويم وهو قد وجب له الرد ، فصار الرضا بأخذه بحصته من الثمن بيعًا مؤتنفًا بثمن مجهول .

وأما إذا استـحق جزءًا شائعًا كـالنصف أو الثلث ، فحصة ذلك مـعلومة ، وفي النكاح يجوز الرضا بما بقى ، كـان ما استحق جزءًا شائعًـا أو معينًا ، لأنه إنما يرجع في الوجهين بقيمة ما استحق ، كما لو استحقت الدار كلها فإنما يرجع بقيمتها ، ولا يفسخ النكاح .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : وإن تزوجها على عروض أو رقيق لها عدد، فاسـتحق منها شـيء فحمله مـحمل البيـوع ، لأن مالكًا قـال : أشبه شيء بالبـيوع النكاح.

قال الشيخ : وهذه أيضًا مثـل الأول إنما يستوى البيوع والنكـاح إذا استحق من ذلك جزءًا شـائعًا ، فأما إن اسـتحق شيـئًا معـينًا وهو كثير مما يـضر به في صفقـته ويوجب له رد جميع الصفـقة ، فتفترق البيوع من النكاح ، فـفي البيوع لا يجوز له الرضا بما بقى ، لأن حصته مجهولة وفي النكاح يجوز ؛ لأنه في البعض وفي الجميع إنما يرجع بقيمة ما استحق .

ومن كـتاب **ابن المواز** : **قال ابن الـقاسم** : فيـمن تزوج بمال فاسـتحق بعـينه: فالنكاح ثابت ، فإن بنى لم يمنع منها واتبعته بمثله ، أو بقيمته إن كان مما يقوم .

وإن كان لم يدخل تلوم له السلطان ، فإن جاء به وإلا فرق بينهما .

قال أصبغ : وأرى إن كان قد [ق/ ٤٥ / ٣ ب] دخل فاستحق الجميع أن يمنع منها حتى يدفع ولو ربع دينار ، أو يكون قد بقى منه لم يستحق ربع دينار ، فلا يمنع ويتبعه بما بقى .

ابن المواز : ولو استـعار شيـئًا أو سرقة فـتزوج به لحيل بينه وبين امـرأته ، فإن دخل حتى يدفع إليها جميع مهرها ، كالمكاتب يقاطع سيده بشيء سرقه .

ولو كان شيئًا تقـدمت له فيه شبهة ملك وقد بنى فاستـحق ، اتبعته به كالمكاتب يقاطع سيده به.

فإن لم يبن تلوم له السلطان ، فـإن جاء به وإلا فرق بينهمـا ،وكذلك [ق/ ٧٨/ ٣ أ]

في كتاب ابن المواز .

وقال أشهب : عن مالك فيمن تزوج بعبد بعينه ودخل بها فاعترف أنه مسروق أو استعاره : فإنه يحال بينه وبينها حتى يدفع إليها مهرها ، وقاله أشهب .

قال : ولو تزوج بعبد ولده الصغير ، فلا سبيل لأحد عليه ،والمرأة أحق به ، قرب ذلك أو بعد ، موسراً كان الأب أو معدمًا ، ويتبع به في ذمته ، وقاله مالك ، وذلك كشرائه ذلك لنفسه وكجد إن عتق رقيقهم عن نفسه فهو كأنه اشتراه لنفسه وأعتقه أو تزوج به .

قيل : فلم كان إذا أعتقه عن نفسه برد في عدمه ولا يرد إذا أصدقه امرأته وهو عديم ؟

قال : لأن من أعتق وهو عالم وعليه دين رد عتقه للدين ، وهذا قد صار لولده عليه دين وهو ثمنهم ، فلذلك رددت عتقه إلا أن يطول أمرهم .

وأما المرأة فكأنه باعهم منها ، وقد اشتراهم لنفسه من نفسه ، فخرجوا من يده بالبيع ، فليس ينقض على الغريم بيعه وشراؤه كما ينقض عليه عتقه .

ومن « العتبية » : قيل : فمن نكح بمال حرام أيخاف أن يضارع الزنا ؟

قال : إي والله ، ولكن لا أقوله .

قال سحنون : ومن تزوج بعبد اغتصبه ، فالنكاح ثابت وعليه قيمته ، بخلاف الحر يتزوج به ، إذ لا ضمان عليه في الحر ، ويضمن العبد الغصب.

ولو كانت الزوجة عالمة بغصبه فسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن نكح بعبد لغيره أو بحر : فلا يفسخ ذلك بحال ، تعمد ذلك بمعرفته أو لم يتعند .

قال أصبغ : وكذلك لو علمت هي بحرية الحر ولم يعلم هو ، إلا أن يعلما جميعًا ، فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على صداق مسمى ثم زادها فيه بعد ذلك طوعًا ، فلم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء ، فلها نصف الزيادة إن طلق .

وإن مات لم تأخذ منه شيئًا ، لأنها عطية لم تقبض .

قال عبد الوهاب : وقال شيخنا أبو بكر الأبهرى وغيره من أصحابنا : القياس أن تجب لها الزيادة بالموت ، لأنه لا يخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو حكم الهبة التى لا تستقر إلا بالقبض ، فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت ، وإن كانت كالهبة وجب ألا يجب لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخير القبض ، فلما وجب نصفها بالطلاق دل على أنها في حكم الصداق .

قال الشيخ : ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول ، لأن الهبات لا تستقر إلا بالقبض ، وإنما هي كالهبة بعد البيع للبيع ، حكمها حكم الثمن أنها وإن قبضت ثم ردت السلعة بعيب ، فإنها ترد مع الثمن ، ولو كانت هبة خالصة لم ترد ، لأنها قد قبضت ، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن نكح امرأة على أبيها أو من يعتق عليها ، عتق عليها بالعقد .

فإن طلقها الزوج قبل البناء ، رجع عليها بنصف قيمته .

قال ابن القاسم : وبلغنى عن مالك أنه استحسن أن لا يرجع الزوج على المرأة بشيء ، وقوله الأول أحب إليّ أنه يرجع إليها بنصف قيمته ، كانت معسرة أو موسرة ، ولا يتبع العبد بشيء ، ولا يرد عتقه .

كقول مالك في معسر أعتق عبده بعلم غريمه ، فلم ينكر الغريم وسكت ، ثم أراد الغريم بعد ذلك رد العبد في الرق من أجل دينه : فليس ذلك له .

ابن القاسم : والزوج حين أصدقها إياه قد علم أنه ممن يعتق عليها ، فلذلك لم أرده على العبد بشيء .

قال عبد الملك في غير « المدونة » : وإنما عتق على الزوجة لأنها قبلته وهي تعلم أن عتقه لها لازم ، فهى كمن قالت لرجل : أصدقنى عبدًا بعينه على أنه حر إذا ملكته ، فعليها نصف قيمته إذا طلقت قبل البناء ، وقد استحسن مالك ألا يرجع عليها بشيء .

قال : لأنه أعطاها وهو يعلم أنه لا يثبت بيدها ولا طرفة عين ، فكأنه أعطاها على ألا يرجع به إن طلق .

قال مالك : وإن لم يعلم الزوج أنه ممن يعتق عليها إلا عند الطلاق ، فله أخذ نصفه ويمضى عتق نصفه ، إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته ، فيمضى لها عتقه كله،

فذلك له .

ولو أصدقهـا إياه عالمًا بأنه ممن يعتق عليها وهـي لا تعلم اعتق عليه [ق/ ٤٦ / ٣ ب] ويغرم قيـمته ، كالمقارض يشـترى أبا رب المال عالمًا ، فإن طلق الزوج قبل الـبناء فعليه نصف قيمته .

ومن « الواضحة » : ومن نكح امرأة على أبيها أو من يعتق عليها وهي تعلمه أو لا تعلمه ، فإنه يعتق عليها ، بكرًا كانت أو ثيبًا .

فإن طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته يوم أصدقها إياه .

فإن لم يجد لهـا غيره فانظر ، فـإن كان علم هو يوم العقد أنه ممن يعـتق عليها فليس له رد العتق ، ويتبعها بذلك .

فإن لم يعلم به إلا عند الطلاق ، فله أخذ نصفه ويمضى عتق نصفه إلا [أن](١) يشاء اتباعـها بنصف قيمـته ، فذلك له فيمـضى عتقه كله ، وقـاله من كاشفت من أصحاب مالك .

قال بعض فقـهائنا : تأول بعض الناس في مسـألة الكتب إذا تزوجهـا بمن يعتق عليها ، إنما يصح ذلك في الثيب ، فأما في البكر فلا يجوز ذلك للولى ، لأنه يعتق عليها ، وذلك ضرر لا يجوز للوصى أن يشرى لمن يلى عليه من يعتق عليه .

قال الشيخ : وهذا خير من كلام **ابن حبيب** في البكر ، وقوله أيضًا : إذا كانت الزوجة معسرة أن يتبعها بنصف قيمته خلاف لقول ابن القاسم ، وهو كقول **ابن المواز** في أحد الشريكين يعتق حصته من عبد وهو معسر ، فللشريك أن يتبعه بنصف القيمة دينًا، وهذا لا يقوله ابن القاسم ، وقيل غير هذا ، وهذا أحسن .

قال ابن الماجشون : فإن نكحها على أن يعتق لها أباها ، فالنكاح مفسوخ .

وإن كان على أن يعتقه عنها فالولاء لها ولا شيء عليها ، لأنها لم تملكه .

وإن كان على أن يعـتقه علـى نفسه فـالولاء له ويفسخ النكاح قبل الـبناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

---

(١) سقط من ب .

في صداق الذمية والمجوسية تسلم وصداق الأمة والمرتدة والغارة

وإذا أسلمت الكتابية أو المجوسية ولم يسلم الزوج ، فهو فسخ بغير طلاق ، فإن لم يبن بها فلا صداق لهـا نقد ولا مؤخر ، فإن قبضتـه ردته ، لأن الفرقة جاءت من قبلها .

ولو بنى بها كان لها جميع صداقها مقدمه ومؤخره .

وكذلك الأمة تعتق تحت عبد فتختار نفسـها ، فإن كان قد بنى بها أخذت جميع صداقـها مقدمـه ومؤخره ، وإن لم يبن بهـا فلا شيء لها من الصـداق ، وإن كانت أخذت منه شيئًا ردته ، وفرقة هذه تطليقة .

فصل

قال مالك : وإذا كانت أمـة نصفها حـر فصداقهـا [ق/ ٧٩ / ٣ أ] موقوف بيدها كما لها ، وليس لمن له فيها الرق أن يأخذ منه شيئًا ، ويلي عقد نكاحها من له فيها الرق برضاها ، وهي كالأمة بين الشريكين فليس لأحد أن يأخذ شيئًا من مالها أو يزوجها إلا أن يجتمعا على ذلك .

وكذلك هذه لأنها شريكة لسيدها في نفسه .

وحكى عن بعض شـيوخنا أنـه قال : الفـرق بين صداق هذه الأمـة وبين أرش جراحهـا : أن ذلك بينها وبين السيـد ، لأن ذلك ثمن عضو هو منها وبين الـسيد ، فوجب أن يكون ثمنه بينهما ، والصداق قد سماه الله نحلة ، والنحلة كالهبة ، فكان ذلك موقـوفًا بيدها كسـائر مالها ، ولأن الصداق ثمن بضع اسـتباحه بإذن الـسيد ، والجرح استباحه بغير إذنه ، فوجب له ثمن حصته ، والله أعلم .

فصل

قال مالك : ومن تزوج أمة ثم ابتاعـها من سيدها قـبل البناء ولا صداق لها ، وإن قبضه السيد رده ، لأن الفسخ من قبله ، وإن ابتـاعها بعد البناء فالصداق لسيدها البائع كمالها ، إلا أن يشرطه المبتاع .

قال : وإن ابتاعها غير الزوج فمهرها للسيد البائع ، بنى بها الزوج أم لا ، بمنزلة مالها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال مالك : وإذا أعتقت أمة تحت عبد بعد البناء وقد كان الزوج فرض لها - يريد فاختارت نفسها أو المقام مع زوجها - فلها مهرها كمالها ، إلا أن يشترطه السيد فيكون له .

قال : وكذلك إن أعتقت قبل البناء . وقد كان الزوج فرض لها قبل العتق ، فاختارت المقام مع الزوج ، فمهرها لها يتبعها إذا أعتقت ، إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق أو اشترطه ، فيكون له . فهذا يدل على أن السيد حبس صداقها ويتركها بلا جهاز .

وقال في كتاب الرهن من « المختلطة » : لا يحبس السيد صداق أمته ، ولكن يجهزها به كالحرة .

قال سحنون : و**ابن القاسم** يرى أن للسيد انتزاع أمته ، ولست أقوله .

وقد **قال مالك** : ليس للحرة أن تقضى منه العين إلا الشيء اليسير .

قيل : يحتمل معنى ما في كتاب الرهن أنه بوأها [ق/ ٤٧ / ٣ ب] مع زوجها بيتًا فلزمه أن يجهزها بصداقها ، وهاهنا لم تبوأ معه بيتًا ، فليس على السيد أن يجهزها به ، فجاز له انتزاعه ، والله أعلم .

وروى عن سحنون أنه يترك لها منه ثلاثة دراهم ، إذ ليس له أن يزوجها بلا صداق .

وروى أبو زيد في الثمانية : عن **ابن القاسم** فيمن زوج أمته ففلس السيد قبل البناء ، فباعها عليه السلطان فاشتراها زوجها : إن الصداق للبائع .

قال الشيخ : يريد نصف الصداق ، لانفساخ النكاح بشراء الزوج لها .

قال : ولا يرجع به الزوج ، لأن السلطان هو الذى باعها بخلاف بيع السيد .

وعاب ذلك أبو عمران وضعفه ، وقال : قد اختلف قول **ابن القاسم** في ذلك .

وقد روى لنا الباجى مما أخرج في سماع على : أن لا شيء للبائع من الصداق، وبيعه وبيع السلطان سواء .

وقد تأول بعض الناس أن معنى قوله في رواية أبى زيد : ليس للزوج رجوع على سيد الأمة بالصداق .

يريد : لا يرجع به في ثمن الأمة فيحاص به غرماء سيدها ، لأن النكاح إنما انفسخ بعد عقد البيع ، فهو كدين طرأ من معاملة حدثت.

ومن النكاح : **قال مالك** : فإن اختارت هذه نفسها قبل البناء ، فلا صداق لها، وإن قبضه السيد رده .

فإن كان قد اشترطه بطل شرطه ، لأن الفسخ جاء من قبله .

ابن القاسم : وأما التى زوجها سيدها بتفويض ثم أعتقها قبل البناء ، ثم فرض لها الزوج بعد العتق واختارت المقام معه ، فهذه يكون لها جميع ما فرض لها ، ولا سبيل للسيد عليه إذ لم يكن بمال لها فيشترطه ، وإذ لو مات الزوج أو طلق قبل الفريضة لم يكن لها شيء ، فلما رضى الزوج بالفريضة قبل البناء كان شيئًا تطوع به الزوج لم يكن وجب عليه في أصل النكاح .

قال مالك : ومن زوج أمته فله منعها من الزوج حتى يقبض صداقها .

ابن وهب : وقال بكير وغيره : وللسيد أخذ صداقها إلا قدر ما يستحل به فرجها .

وقال في كتاب الرهون : وليس للسيد أخذ صداقها ويتركها بلا جهاز وغمزه سحنون .

قال في النكاح : وله أن يضع من مهرها لزوجها بغير إذنها .

ابن شهاب : هو كمالها ، وللسيد أخذه إذا احتاج إليه كما يأخذ مالها وقد قال عليه السلام : « من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »[١] .

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٣٣) ، والترمذى (١٢٤٤) ، والنسائى (٤٦٣٦) وفي « الكبرى » (٤٩٩١) ، وأحمد (٤٥٥٢) ، وابن حبان (٤٩٢٢) ، والشافعي في « مسنده » (١١٦٢) ، والطيالسى في «مسنده » (١٨٥) ، والطبراني في « الكبير » (١٣١٣٠) وفي « الأوسط » (٢٠٣٦) ، وأبو يعلى في « مسنده » (٥٤٢٧) ، والبزار في « مسنده » (١١٢) ، وعبد الرزاق في « مصنفه » (١٤٦٢٠) ، وابن أبى شيبة في « مصنفه » (٤/ ٥٠٠) ، والبيهقى في « الكبرى » (٤٥٣٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما . قال الشيخ الألباني في « صحيح أبي داود » (٢٩٢٨) : صحيح .

فصل

قال مالك : وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين بعد البناء ففرق بينهما ،فللمرأة صداقها المسمى كاملاً .

ابن القاسم : وكذلك المرتدة إذا بنى بها زوجها قبل أن تستتاب ، فلها صداقها المسمى .

قال : وكذلك من زوج أمته وشرط أن ما ولدت فهو حر ، لم يقر هذا النكاح على حال ، ويكون لها إن دخل بها المسمى .

قال بعض فقهائنا : وقيل : لها صداق المثل ، وهو أقيس ، وذلك أن الصداق وقع للبضع ولحرية الولد ، وما يخص كل واحد من ذلك مجهول ، فهو كمن تزوج بصداق مجهول ، فوجب لذلك صداق المثل .

قال الشيخ : ووجه الأخرى : فلأن الصداق إنما وقع على البضع المتيقن ، والولد أمر يكون أو لا يكون ولا حق له .

ابن المواز : عن مالك : إن نكحها على هذا فسخ قبل الدخول وبعده ، سواء زوجها من حر أو عبد له أو لغيره ، ويكون الولد حراً وولاؤه لسيد الأمة الذى أعتقه .

ابن حبيب : ولو شرط أول ولد تلده حر ،فإن عثر على ذلك قبل الولد فسخ قبل البناء وبعده ، وإن لم ينظر فيه حتى ولدت عتق الولد وثبت النكاح ، إذ لم يبق فيه شرط .

ابن المواز : ولو كانت اغتصبت فزوجها الغاصب من رجل على أن ولدها منه حر ، فولدت ثم استحقها سيدها فليأخذها ولا حرية لهم .

قال الشيخ : إذ لا ينعقد عليه ما شرط غيره في أمته .

قال **ابن القاسم** في « المستخرجة » : وليس لأبيهم أن يفتكهم إلا أن يشاء السيد، ولا للسيد أن يلزم ذلك الأب إذا أباه الأب .

قال يحيى بن محمود : وهو بخلاف ولد الذى يتزوج الأمة على أنها حرة .

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الأول شرط له حرية الولد غير مالكه، فلم يتم

له شرطه ، ومتزوج الغارة إنما تزوج حرة في ظنه وأن ولده منها حر من أصله لا شرط له فيه ولا حد ، فوجبت بذلك حريته ، كولد المشترى لأمة تستحق بملك ، لأنه إنما أولد أمته في ظنه وأن ولده منها حر من أصله ، فوجب بذلك حريته [ق/ ٨٠ / ٣ أ] وبذلك قضى عمر بن الخطاب وألزمه الأب قيمتهم لمولى الأمة عبيدًا يوم الحكم ،إذ لا سبيل إلى رقهم ، وهذا أبين فاعلمه .

ومن « المدونة » : ابن القاسم : والأمة تغر من نفسها فتتزوج فإنها سترد ما فضل [ق/ ٤٨ / ٣ ب] عن صداق مثلها ، وتأخذ صداق المثل ، لأن ذلك حق لسيدها ، فليس ما وجب على الزوج للسيد من حقه في وطئها ، والحرة التى غرت من نفسها فتزوجت في عدتها يكون لها قدر ما يستحل به فرجها ، لأنها هي الغارة فليس لها أن تجر إلى نفسها هذا الصداق بما غرت ، والله أعلم .

ما جاء في نكاح التفويض

وقد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض بقوله : ﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ** ﴾[1] .

قال مالك : فنكاح التفويض جائز ، وهو أن يقولوا : قد أنكحناك ، ولا يسموا الصداق ، فهو بالخيار إن شاء دفع مهر مثلها ودخل ، وإن شاء فارق ولم يلزمه غير المتعة ، وهذه سنة نكاح التفويض ، فإن بنى بها فلها صداق مثلها وليس كصداق أختها أو ذات رحمها ، ولكن مثلها في مالها وجمالها وشبابها وحالها في زمانها .

ابن القاسم : وقد تكون واحدة لها مال وجمال وشطاط ، وأختها لا مال لها ولا جمال فليس صداقها وتشاح الناس فيهما سواء .

قال الشيخ : وقد قال الرسول عليه السلام : « تتزوج المرأة لجمالها ومالها ودينها»[2]، وقد كان الاعتبار بهذا دون غيره .

قال مالك : وينظر في هذا إلى ناحية الرجل أيضًا فقد يزوج فقير لقرابته وأجنبى لماله ، فليس صداقها عند هذين سواء ، فيخفف عن القريب ويحمل على الأجنبى صداق المثل .

---

(١) سورة البقرة (٢٣٦) .

(٢) أخرجه البخارى (٤٨٠٢) ، ومسلم (١٤٦٦) .

قال مالك : ولا يجب صداق المثل في نكاح التفويض إلا بالبناء ، إذ لو مات الزوج قبل البناء والتسمية لم يكن لها صداق ولا متعة ولها الميراث .

قيل لمالك في كتاب **ابن المواز** : فما جاء عن ابن مسعود فيمن تزوج امرأة فهلك عنها قبل أن يفرض لها ، وقبل أن يدخل عليها ، فأقام ابن مسعود شهرًا ينظر فيها ، ثم قال : لها صداق مثلها .

فقال : ليس عليه العمل وقد حدثني نافع عن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت أن لها الميراث ولا صداق لها .

قال مالك : وبيان ذلك في كتاب الله تعالى حيث يقول : ﴿ **مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾ [1]وإذا طلقها فلم يكن لها فيه شيء ، فكذلك إذا مات عنها لم يكن لها شيء .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا طلق قبل البناء وقبل أن يتراضيا على صداق لم يكن لها غير المتعة .

ابن حبيب : ولا ينبغى أن يبنى في التفويض ولا يخلو بها حتى يقدم ربع دينار فأكثر ، فإن مسها ثم طلقها لزمه صداق المثل .

ومن « المدونة » : وإذا أرادت الزوجة أن يفرض لها قبل البناء لم يكن له أن يدخل حتى يفرض لها صداق المثل ، إلا أن ترضى منه بدون ذلك ، فإن لم ترض إلا بصداق مثلها كان ذلك عليه ، فإن شاء أتم لها صداق مثلها أو طلق .

قال مالك : فإن فرض لها بعد العقد فريضة أقل من صداق مثلها فرضيت بها ، أو فرض لها صداق المثل فأكثر ثم طلقها قبل البناء كان لها نصف ما سمى .

وإن مات الزوج كان لها جميع ما سمى ، وإن ماتت هي كان ذلك عليه .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن **ابن القاسم** : فيمن تزوج بتفويض ، فبعث إلى أهلها بشيء فسخطوه .

فقال : فإن لها صداق مثلها ، ثم إن طلق ولم يدخل فإن لها نصف صداق المثل.

---

(١) سورة البقرة (٢٣٦) .

ومن كتاب محمد : قال ربيعة فيمن فرض فبعث ثيابًا ومتاعًا ، فأدخلت عليه ثم ماتت : فليس لهم إلا ما أرسل إليها .

وقال يحيى بن سعيد : إذا كان الأب قد قبله ، وأدخلها .

ابن المواز : وإذا نكح على أن لها نقد عشرين دينارًا ، أو على أنه مفوض إليه في بقية مهرها ثم لم بما فرض لها ولا بما زاد لأنه أقل من صداق مثلها حتى فارق ، فله أخذ العشرين ولا يلزمه شيء وليمنعها .

وكذلك لو تزوجها على تفويض وعلى ما أدفعه إلى أبيها خاصة . ثم طلق قبل البناء ، فعليه المتعة ويأخذ من الأب كل ما أعطاه .

ومن « المدونة » : قيل لمالك : فالرجل المفوض إليه بمرض فيفرض وهو مريض.

فقال : لا فريضة لها إن مات من مرضه ذلك ، لأنها وصية لوارث ، إلا أن يطأها في مرضه فيجوز ذلك ، ويكون لها ما سمى من رأس ماله ، إلا أن يكون ذلك أكثر من صداق المثل ، فترد إلى صداق المثل .

يريد : لأنها وصية لوارث ، لأن عقده كان في الصحة فهي وارثة .

قال **ابن المواز** : **قال مالك** : إلا أن تكون ذمية لا ترثه فتكون لها الزيادة في ثلثه .

قال **ابن المواز** : ولو سمى للذمية أو للأمة في مرضه ولم يبن بها ، فذلك كله لها في ثلثه تحاص به أهل الوصايا .

وقال عبد الملك : لا شيء لها ، لأنه لم يسم لها إلا على المصاب .

قال **ابن المواز** : ولا يعجبنا ذلك .

قال أصبغ : وإن سمى للجدة المسلمة في مرضه ثم ماتت هي ، ثم صح هو بعدها ، لزمته التسمية لورثتها .

وكذلك [ق/ ٤٩ / ٣ ب] روى عيسى عن **ابن القاسم** : في « العتبية » : وقال **ابن المواز** : لا يعجبنى قول أصبغ .

ومن « المدونة » : قال **ابن القاسم** : وإذا زوج الثيب وليها ثم فرض لها الزوج أقل من صداق مثلها فرضيت هي بذلك ، ولم يرض الولى ، لزمها ذلك لأن الرضا

من ذلك لها فلا قول لوليها .

قال : وإذا زوج البكر أبوها بتفويض ثم فرض لها الزوج بعد ذلك أقل من صداق مثلها ، لم يكن لها ذلك إلا أن يرضى الأب بذلك فيجوز ، ولا ينظر إلى رضاها مع الأب .

وإن زوجها غير الأب فرضيت بأقل من صداق مثلها ، لم يجز ذلك لها ولا للزوج ، لأنه لا قضاء لها في مالها حتى تدخل بيتها ويعرف أنها مصلحة في مالها، فلا يجوز لأحد أن يعفو عن شيء من صداقها لا وصى ولا غيره إلا الأب وحده .

قال **ابن القاسم** : إلا أن يكون ذلك نظرًا لها فيجوز إذ ترضيت، مثل أن يعسر الزوج فيسأل التخفيف ، ويخاف الولى الفراق ويرى أن مثله رغبة لها ، فيجوز ذلك، وما كان على غير هذا لم يجز ، وإن أجازه الولى .

ولو فرض الزوج صداق المثل لزم ذلك المرأة والولى ، ولا قول لمن أباه منهما .

قال مالك : [ق/ ٨١ / ٣ أ] وإن فرض الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده ما رضيت به المرأة وهي ممن يجوز أمرها ، أو رضى به الولى وهي بكر والولى ممن يجوز أمره عليها ، وهو الأب في ابنته البكر ، فذلك جائز ، ويكون صداقها هذا الذى تراضيا عليه ، ولا يكون لها صداق المثل .

قال غيره : إلا أن يدخل بها فلا ينقض المولى عليها بأب أو وصى من صداق مثلها .

قال الشيخ : وقول الغير ليس بخلاف لـ**ابن القاسم** .

وقول **ابن القاسم** : فلو فرض لها الزوج بعد عقده النكاح قبل المسيس أو بعده، عائد على الثيب خاصة ، ألا ترى أنه قال : أو رضى به الولى وهو الأب في ابنته البكر ، فقد بيَّن أن المولى عليها بكر ، فلا تكون بكرًا ممسوسة فإنما أراد إذا فرض الزوج ما رضيت به الثيب قبل الدخول ، فيكون ذلك في صداقها ، وإن كان أقل من صداق المثل .

قال الشيخ : وقد كان بعض مشايخنا يقول معنا في قول **ابن القاسم** : إذا فرض الزوج أكثر من صداق المثل ، ويرى أن قوله : قبل المسيس أو بعده عائد على الثيب والبكر ، وما ذكرته أبين ، وهو الذى أراد **ابن القاسم** ، وإن كان المعنى واحدًا وبالله

التوفيق .

ومن « المدونة » : قال **ابن القاسم** : وإذا كان ولى البكر ممن لا يجوز أمره عليها ولا يجوز رضاه بأقل من صداق مثلها ولا يجوز ما وضعت للزوج بعد الطلاق قبل البناء من النصف الذى وجب لها ، وإنما يجوز ذلك للأب الذى وحده ، وقد قيل : إذا رضيت بأقل من صداق مثلها أو وضعت للزوج ما وجب لها بعد الطلاق ، جاز ذلك إذ لا يولى عليها ، وإنما لا يجوز ذلك لمن يولى عليها بوصى ، وطرحه سحنون.

في نكاح الموهوبة أو بغير صداق

وقد منع الله تعالى من النكاح بغير صداق فقال في النساء : ﴿ **فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾[1] .

وقال تعالى : ﴿ **أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ** ﴾ [2] ، وخص الله رسوله عليه السلام بالموهوبة بقوله : ﴿ **خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ** ﴾ [3].

قيل لـ**ابن القاسم** : فلم أجزت نكاح التفويض ولم تجز الهبة إذا لم يسموا مع الهبة صداقًا .

قال : إنما الهبة عندنا كأنه قال : قد زوجتكها بلا صداق ، فهذا لا يصلح ، ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

قال سحنون : وقد كان يقول : يفسخ وإن دخل .

ابن المواز : وقاله أشهب ، **وابن وهب** ، وابن عبد الحكم ، وأصبغ .

قال أصبغ : لأن فساده في البضع .

قال أشهب : ويكون لها إذا فسخ البناء ثلاثة دراهم .

وقال **ابن وهب** وأصبغ : لها صداق المثل ، وروى عن مالك .

وقال **ابن القاسم** وعبد الملك : لا يفسخ إذا دخل ويكون لها صداق المثل وروى

(١ ، ٢) سورة النساء (٢٤) .

(٣) سورة الأحزاب (٥٠) .

عن مالك .

ومن « **المدونة** » : **ابن وهب** عن يونس أنه سأل ابن شهاب عن امرأة وهبت نفسها لرجل ، فقال : لا تحل هذه الهبة لأن الله تعالى إنما خص بها نبيه دون المؤمنين، فإن أصابها فعليه العقوبة ولها الصداق من أجل ما يرى بها من الجهالة ، ويفرق بينهما .

وقال ربيعة : وتعاط ، وهبت نفسها أو وهبها أهلها .

وفي باب بعد هذا قال **ابن القاسم** عن مالك : ومن وهب ابنته وهي صغيرة لرجل ، لم يجز ذلك ولا تحل الهبة لأحد بعد النبي ﷺ إلا أن تكون هبته إياها ليس على نكاح إنما وهبه لها ليحضنها ويكفلها ، فلا بأس بذلك ، ولا قول لأمها إن فعل ذلك لحاجة أو فاقة فإن في « المستخرجة » عن مالك إن كان ذا محرم وإلا فلا .

ومن « **المدونة** » : فإن وهبها له بصداق مسمى وأراد بالهبة وجه النكاح جاز ذلك .

وقد **قال مالك** : فيمن وهب سلعته لرجل على أن يعطيه شيئًا مسمى : إن ذلك بيع جائز ، فأرى الهبة بالصداق مثل البيع ، وإنما يكره من ذلك الهبة بلا صداق .

قيل **لابن القاسم** : فإن قالوا : قد أنكحناك فلانة بلا صداق ، قال : إن دخل بها ثبت النكاح وكان لها صداق مثلها ، فإن لم يدخل بها فرق بينهما [ق/ ٥٠ / ٣ ب] وهذا الذى استحسن ، وقد بلغنى ذلك عن مالك .

وقد قيل : يفسخ قبل البناء وبعده .

في نكاح التحكيم

قال **ابن القاسم** : ومن تزوج امرأة على حكمه أو على حكمها أو على حكم فلان وقع الرضا بالحكم فيه قبل البناء وإلا فرق بينهما ولا شيء لها ، ويلزم المرأة النكاح إن فرض لها الزوج قبل البناء صداق المثل كالتفويض .

ابن القاسم : وقد كنت أكره هذا النكاح حتى بلغنى أن مالكًا أجازه على ما فسرت لك ، فأخذت به وتركت رأيى فيه .

قال سحنون : وقال غيره ما قال عبد الرحمن أول قوله : لا يجوز ويفسخ ما لم

يفت بالدخول ، لأنه خرج عن حد ما أرخص فيه من التفويض .

ابن المواز : وقال عبد الملك : أما على حكمها فالنكاح يفسخ ما لم يدخل ، وأما على حكمه فهو كالتفويض الجائز .

فوجه الإجازة في الوجهين إعتبارًا بنكاح التفويض ، ووجه الفسخ فيها ، ولأن التفويض رخصة فلما يقاس عليها .

ووجه التفرقة : فلأن التفويض في فرض الصداق إنما هو للزوج لقوله تعالى : ﴿ **أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾[1] ، فإذا رد الفرض أبو الزوجة لم يجز ، لأنه خالف النص .

ومن « المدونة » : قال **ابن القاسم** : وإن بنى في نكاح التحكيم قضى لها بصداق المثل وثبت النكاح .

ومن « الواضحة » : روى ابن حبيب عن **ابن القاسم** : في من تزوجها على حكمها فلم يرضها ، فلا يلزمها الرضا بصداق المثل إذ لم يبن بها ، وقاله أشهب .

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : إن ذلك كالتفويض للزوج إن فرض لها صداق المثل لزمها وإلا فرق بينهما ، وروى أيضًا عن **ابن القاسم** : والأول أحب إلينا .

فوجه قول **ابن القاسم** وأشهب على ما **قال ابن حبيب** ولأنها اشترطت أن يكون الحكم لها ،فلا يلزمها الرضا بحكم غيرها ، ولأن تعليقها الرضا بحكمها احتراز من أن تلزم ما لم ترض به ، فلو كان ذلك يلزمها ما نفعها اشتراطها .

ووجه قول ابن عبد الحكم وأصبغ وهي رواية « المدونة » : قياسًا على نكاح التفويض .

قال أبو محمد وغيره : وإذا تزوجها على حكمها ففرضت للزوج صداق المثل ، هذه يلزمها ذلك ، كواهب السلعة إذا أعطى قيمتها لزمه ، وليس يلزم الموهوب غرم قيمتها إلا برضاه أو فوتها عنده .

قال الشيخ : وأما إن تزوجها على حكم فلان ، ففرض فلان صداق المثل ، فينبغي أن يلزمها ذلك لأنهما قد جعلاه حكمًا ، ففرضه صداق المثل علل من الحكم

---

(١) سورة البقرة (٢٣٦) .

[ق/ ٨٢ / ٣ أ] ، وقد حكى عن أبي الحسن في قوله : إذا تزوجها على حكم فلان.

معنى قوله إذا رضى الزوج بذلك ، إنما ذلك إذا فرض لها فلان أكثر من صداق مثلها ، فأما إذا فرض لها فلان أكثر من صداق مثلها صداق المثل ، فلا كلام له .

قال الشيخ : وهذا لا يختلف فيه .

في الدعوى في الصداق وفي دفعه

قال **ابن القاسم** : أهل القضاء في تداعى الزوجين في الصداق قول النبي ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار »[١] ، وفي حديث آخر : « فالقول قول البائع ويتخالعان ويتفاسخان »[٢] ، والتداعى كله يرجع إلى قوله عليه السلام : « البينة على المدعى وعلى من أنكر اليمين »[٣] ، وقوله : «شاهداك أو يمينه »[٤] .

ابن القاسم : فإذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء من غير موت ولا طلاق ، فادعت المرأة أكثر مما أقر به الزوج ونسى الشهود تسمية الصداق .

قال مالك : فالقول قول المرأة .

يريد مع يمينها .

قال **ابن القاسم** : لأنها بائعة لنفسها .

قال مالك : ويخير الزوج في إتمام ما ادعت وإلا حلف وسقط عنه ما ادعت وفسخ النكاح ، ولا صداق لها .

قال مالك : وإن اختلفا في هذا بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه .

---

(١) أخرجه مالك في « الموطأ » (٧٨٥) ، والترمذى (١٢٧٠) ، وأحمد (٤٤٤٤) ، والدارقطنى في « سننه » (٣/ ٢٠) ، والطبراني في « الكبير » (١٠٣٦٥) ، وابن أبي شيبه في « مصنفه » (٤ / ٣٤٢) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٠٥٨٧) ، وقال الشيخ الألباني في « صحيح الجامع » (٢٨٨) : صحيح .

(٢) انظر السابق .

(٣) أخرجه البخارى (٢٣٧٩) ، ومسلم (١٧١١) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٨٠) ، ومسلم (١٣٨) .

قال **ابن القاسم** : لأنها أمكنته من نفسها فصارت مدعية ، وهو مقر لها بدين ، فالقول قوله مع يمينه .

ابن المواز : **قال مالك** : ولا يقبل قول المرأة بعد البناء أنها ما تقبض صداقها ، ويصدق الزوج مع يمينه .

وكذلك من قبض رهنه ، وقال : قضيتك الحق ، فهو مصدق مع يمينه وقبضه الرهن كالشاهد ، لأنه الغالب والعرف بين الناس ، وقاله مالك وأصحابه .

ومن « العتبية » : قال **ابن القاسم** : وإذا تحمل للمرأة رجل بالصداق فطلبته بعد البناء ، وزعم الزوج والحميل أنها قبضته قبل البناء .

قال : يحلف الحميل ويصدق .

قال سحنون : ولو أخذت بالصداق رهنا ثم بنى ، فهو كالحميل ويتم له الدخول وهو كالأب ، أو يأخذ رهنه .

ابن المواز : قال **ابن القاسم** : ومن زوج ابنته الصغرى على صداق أختها الكبرى فادعى الأب أنه بمائتين ، وقال الزوج : إنه مائة ، فالقول قول الزوج ويحلف ، فإن نكل حلفت الجارية وقضى لها .

ابن المواز : وهذا بعد البناء ، وأما قبل البناء فليتحالفا ويفسخ النكاح ، والأيمان بين الزوج والأب ، ويبدأ الأب باليمين ، فإن حلف لزم الزوج [ق/ ٥١ / ٣ ب] إلا أن يحلف فيبرأ ويفسخ النكاح ، كالوكيل في البيع وهو يحلف دون رب السلعة وهي لم تفت ، ولأب رب السلعة لم يلى شيئًا وكذلك الجارية لم تعلم ، ولو علمت ما كان لها فيه حكم ، ولو كانت ثيبًا حتى لا يتم الأمد إلا بها وعلمها وحضورها فاليمين عليها ، وقاله أصبغ .

ومن « المدونة » : وإن اختلفا في قلة الصداق وكثرته بعد الطلاق وقبل البناء ، فهي طالبة له فعليها البينة ، وهو مدعى عليه فالقول قوله فيما يقر به مع يمينه .

قال : فإن نكل حلفت المرأة وأخذت ما تدعيه ، لأن مالكًا قال : إذا ماتت الزوجة قبل البناء فادعى ورثتها تسمية صداق وادعى الزوج تفويضًا ، فالقول قوله مع يمينه وله الميراث وعلى ورثة المرأة البينة على ما ادعوا في التسمية .

وفي كتاب محمد : ومن زوج ابنه الصغير من ابنة رجل صغير فمات الوصي

فطلب أبو الصبية المهر .

فقال أبو الصبى : لم أسم لها مهرًا ، وإن ذلك كان منك على الصلة لابنى .

قال محمد : لا يصدق ، ولها ما ادعى أبوها إن كان صداق مثلها .

أو **قال مالك** : ليس لها إلا الميراث إذا حلف أبوه.

قال أبو محمد : وذكرها في كتاب الشهادة ولم يذكر قول محمد : إن لها ما ادعى أبوها .

قال مالك : وإن كان لها شاهد على تسمية المهر وأخر ذلك حتى تبلغ الجارية فتحلف وتأخذ .

ابن المواز : بعد يمين أبيه الآن ، وهذا بخلاف مبايعته لها ، ويقيم شاهدًا فيحلف الأب معه ، لأنه إن لم يحلف هاهنا لزمه غرم من نكل عنه ، لأنه أتلفه إذ لم يتوثق ، ولأنه إن لم يبع إلا بثمن معلوم وبينة ، والنكاح على التفويض يجوز ، فلم يتعد ، وإنما عليه أن يشهد في أصل النكاح لا في تسمية الصداق ، وذلك عندى ما لم يدع أبوها بالتسمية مع الشاهد ، فإن ادعى هذا فقد ضيع في التوثق ، فإن شاءت بعد أن تلزم ذلك أباها ، فيكون لأبيها أن يحلف ويأخذ من تركة الصبى وإلا غرم ذلك أبوها من ماله ، فإن شاءت أن تترك أباها وتحلف مع شاهدها وتأخذ ذلك من مال زوجها ، بمنزلة ما لو مات أبوها أو كان معدمًا ، فإذا حلفت فالصداق على أبى الصبى ، إلا أن يكون الصبى يوم العقد مال فلا شيء على أبيه .

قال ابن حبيب في اختلاف الزوجين قبل البناء : تحلف الثيب ، وإن كانت بكرًا حلف الأب ، ثم للزوج الرضا بذلك أو يحلف ويفسخ النكاح ، كان اختلافهما في قلة الصداق أو كثرته أو في نوعه .

وأما بعد البناء فيحلف الزوج ويبقيا زوجين إن اختلفا في العدد ، فإن كان في النوع تحالفا وردت الزوجة إلى صداق المثل ، إلا أن يرضى هو بما ذكرت أو ذكر الأب في البكر ، وإنما كان يحلف الأب في صداق البكر لأنه كوكيل مفوض إليه ، وهو وليه دونها ، فلم يكن لها فيه رأى ولا أمر .

وكذلك قال **ابن المواز** : يحلف الأب في البكر .

قال الشيخ : وذكر عن أبى عمران إذا اختلفا الزوجان في الصداق قبل البناء

فتحالفا ثم أراد الزوج إتمام النكاح بما قالته المرأة ، أو أرادت ذلك المرأة بماله الزوج قبل الفسخ ، أن النكاح تام كالبيع ، ويجرى ذلك على الاختلاف الذى في البيع .

قال : وقد نص على ذلك المغيرة ، أنه إذا رضى أحدهما بما ذكرنا تمَّ النكاح .

أبو عمران : يراعى في اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبه.

وقيل : لا يراعى ذلك كما اختلف في ذلك في البيوع .

قال : وقد نص على ذلك المغيرة أنه إذا رضى أحدهما بما ذكرنا تم النكاح .

قال سحنون في كتاب ابنه فيمن تزوج امرأة فادعى أنه تزوجها على أمها وهي عالمة بها ، وقالت المرأة : بل على أبى ، وهو مالك لأبويها ، وحفظت البينة العقد، ولم تحفظ على أيهما عقدا .

قال سحنون : الشهادة ساقطة ، فإن لم يدخل بها تحالفا وفسخ النكاح ويلزمه عتق الأم، لأنه أقر أنها حرة ، وكذلك إذا نكلا .

وإن كان قد دخل بها حلف أيضًا وعتقت عليه الأم بإقراره ، فإن نكل حلفت المرأة وعتق الأب بقولها وعتقت عليه الأم بإقراره .

قال بعض أصحابنا : وهذا خلاف ما تقدم لابن حبيب إذا اختلفا في نوع الصداق بعد البناء أنهما يتحالفان ويكون لها [ق/ ٨٣ / ٣ أ] صداق المثل .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد البناء : دفعت الصداق ، وأنكرت الزوجة ، فالقول قوله .

وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها .

قال الشيخ : وإنما ذلك لأن الفرق عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق.

قال مالك : وليس يكتب الناس في الصدقات براءات [قال :] (١) ومن نكح على نقد ومؤجل ، فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل ، وأنكرته الزوجة ، فإن بنى بها بعد الأجل صدق .

قال الشيخ : لأن الأجل حل قبل دخوله فصار كمن تزوج بنقد ، والعرف فيه

---

(١) سقط من أ .

ألا يدخل حتى يدفعه ، ولأن الزوجة قد أمكنته من نفسها ، فلذلك كان القول قوله.

قال مالك : وإن بنى بها قبل الأجل ، فالقول قولها ، كان المؤجل دنانيرَ وحيوانًا مضمونًا مع الأيمان فيما ذكرنا .

قال الشيخ : لأنه دخل والصداق [ق/ ٥٢ /٣ ب] متقرر في ذمته فلا يلزمه إلا البينة يدفعه ، وكذلك المهر الحال بالبناء القول قول المرأة أنها لم تقبضه ، وكان الزوج دخل قبل حلوله ، لأنه لا يجب إلا بعد الدخول .

قال بعض أصحابنا : وكذلك إن تزوجها بصداق حال وكتبا به كتابًا فدخل الزوج وادعت المرأة أنه لم يدفع إليها شيئًا من صداقها ، وقامت عليه مذكر الحق أن القول قولها ، لأن الفرق جاز بأخذ ذكر الحق منها بعد قبض حقها ، وأنها لا تسلمه إلا إذا استوفته ، فلذلك كان القول قولها .

ومن كتاب محمد : **قال مالك** : وإذا ادعت المرأة بعد دخولها أنه بقى لها من صداقها خادم أو غير ذلك ، وقال الزوج : قد دفعته ، فليحلف الزوج ويبرأ ، وليس يكتب الناس في الصدقات البراءات .

قال **ابن المواز** : لا يقبل قولها وما يدخل الناس النساء إلا بعد القبض ، ذلك هو المعروف والغالب إلا الخاص، وإنما يحمل الأمر على الأغلب والدخول كالشهادة، فإذا حلف برئ إلا ما لم يحل منه إلا بعد دخوله .

وكذلك الرهن إذا قبض المرتهن رهنه ، ثم قال : قد قضيتك ولم يصل إلى الرهن إلا بقضائى إياك حقك ، فيحلف ويبرأ ، وكان قبضه للرهن كالشاهد ، ولأنه الغالب في عمل الناس ، وهذا كله قول مالك وأصحابه .

قال بعض أصحابنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عمن تزوج امرأة وادعى أن وليها شرط في عقد النكاح لوليته شروطًا وعطايا سماها ، وأنكر الولى أن يكون شرط ذلك ،فطالبه باليمين على ذلك فنكل ، هل يحلف الزوج ويجب ذلك لها ؟ وكيف يحلف في شيء يستحقه غيره ؟ فقال : الذى عندى أنه إذا نكل الولى حلف الزوج ويرجع إلى صداق المثل ، ويرجع بما زات التسمية على صداق المثل على وليها، وتأخذ هي الصداق كاملاً ، مثل الولى يقر بالعيوب في وليته أنها تأخذ الصداق كاملاً ويرجع الزوج على من غره فكذلك هذا .

قال الشيخ : والذى أرى إذا نكل الولى حلف الزوج واستحق ما شرط على الولى ، يكون للزوجة لأنه هو ولى معاملته ، فهو كالوكيل يدعى في معاملته شيئًا لموكله ، فتجب اليمين على المدعى عليه فنكل ، أن الوكيل يحلف ويستحق ذلك لمن وكله .

وأما قول الشيخ : يحلف الزوج ويرجع إلى صداق المثل ، أرأيت إذا كان صداق المثل أكثر من التسمية ، أيزاد عليه لدعوى أو يذهب دعواه باطلاً ، هذا ليس بشيء .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا مات الزوج فادعت المرأة بعد موته أنها لم تقبض صداقها ، فلا شيء لها إن كان قد دخل بها ، وإن لم يكن [دخل][1] بها فالقول قولها .

قال **ابن القاسم** : وكذلك إن مات الزوجان فتداعيا ورثتهما في دفع الصداق ، فلا قول لورثة المدخول بها ، وإن لم يدخل بها صدق ورثتها .

وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها : قد دفعه لها ، أو قالوا : لا علم لنا ، فلا شيء عليهم .

فإن ادعى ورثة المرأة أن ورثة الزوج قد علموا أن الزوج لم يدفع الصداق حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق ، ولا يمين على من كان منهم غائبًا أو من يعلم أنه لا علم عنده .

فصل

ومن كتاب محمد : وإذا ادعى الزوج أنهم أسروا من المهر دون ما أعلنوه ، لم يصدق إلا ببينة أو شاهد يحلف معه ، فإن شهدت بذلك بينة ، فقال الولى : كان ذلك كلامًا سرًا وقد صرنا إلى غيره بعده وزوجنا عليه .

وقال الزوج : بل هو الأمر الأول والثاني سمعة .

قال : أحب إليَّ أن لو شهدوا حين سموا المهر القليل أن هذا الذى أنكحناه به ، وإنما سمى في العلانية غيره ، فإن لم يكن هذا وأشكل الأمر ، فالقول قول الزوج مع يمينه حتى يعلم من السبب ما يعلم به أن الأول قد انقطع وأن على الثاني وقع النكاح .

---

(١) سقط من ب .

وكذلك لو كان ذلك من الثيب بغير علم الولى .

ابن المواز : ولا يكون ذلك من أبيها إلا برضاها .

قال مالك في البكر : ذلك إلى الأب دونها ، فإن لم يكن أب فليس ذلك لها تامًا إلا بإذن وليها مع رضاها ، وقاله الليث .

قال ابن حبيب : ولا يضر الشاهدين على السر أن تقع شهادتهما على العلانية ، لأنهما يقولان : على هذا أشهدنا أن يكون سرًا كذا ، وفي العلانية كذا للسمعة .

ولم يختلف في هذا مالك وأصحابه ، وقد تقدم القول في مسألة من وهب ابنته بجميع وجوهها فأغنى عن إعادتها .

في صداق النكاح الفاسد وطلاقه وميراثه

قال **ابن القاسم** : كل ما فسد من النكاح كالنكاح بالآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها ، يفسخ قبل البناء فلا صداق فيه ولا متعة ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء ، ولا متعة لها عليه ويلزم فيه الطلاق ، فلو طلقها فيه ثلاثًا لم تحل له إلا بعد زوج .

ولو مات أحدهما قبل البناء أو بعده توارثا ، لأنه نكاح قد اختلف العلماء في فسخه وثباته ، وكذلك كل ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والذى تزوج بغير ولى مثل ذلك ، لأن مالكًا وقف [ق/ ٥٣ / ٣ ب] في فسخه بعد البناء .

قال سحنون : وقد كان قال لي : كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فهو فسخ بغير طلاق ، ولا ميراث فيه ، ويرد فيه الخلع ، وترجع عليه الزوجة بما أخذ منها ، لأنه لا يأخذ مالها إلا بما يجوز به إرساله من يده ، وهو لم يرسل من يده إلا ما هي أملك به منه ، وقد بينا اختلاف قوله في هذا في النكاح الأول .

وإذا تزوج العبد أو المكاتب بغير إذن سيدها فالسيد يخير في إجازته أو فسخه فإن فسخه بعد الدخول أخذ منها [ق/ ٨٤ / ٣ أ] جميع المهر ويترك لها ربع دينار ، فإن عتق اتبعته بالصداق إن غرها بأنه حر ، إلا أن يفسخه عنه السيد قبل العتق ، فإن عتق قبل أن يعلم السيد بتزويجه ثبت النكاح .

قال : وللمكاتب تزويج أمته على ابتغاء الفضل ويلى العقد غيره ، وقد تقدم جميع هذا في الكتاب .

في نكاح المريض والمريضة

قال أبو محمد وغيره : ولما منع الرسول عليه السلام المريض من الحكم في ثلثى ماله الموروث بما ينقض ورثته منه ، كان ممنوعًا أن يدخل عليهم وارثًا أو يخرج منهم وارثا.

قال غيره : فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يستحق ولذا قيل له : ليس استلحاقه بإدخال وارث ، وإنما هذا إخباره عن وارث متقدم على حال المرض لزمه الأقدار به ، وغرضه في مسألتنا أن يثبت له زوجة تزوجها في الصحة فيلزم وترث ، ولا يكون في ذلك إدخال وارث على ورثته .

قال مالك : ولا يجوز نكاح المريض والمريضة ويفسخ قبل البناء وبعده .

ابن القاسم : فإن تزوجها ودخل بها وهي مريضة ثم ماتت ، كان لها الصداق ولا يرثها .

فإن صحت ثبت النكاح ، وقاله مالك وهو أحب في قوله إليَّ ، وقد كان يقول مرة : يفسخ ، ثم عرضته عليه ، فقال : أصحه والذى أرى إذا صح أن يثبت النكاح، دخلا أو لم يدخلا ولها المسمى .

قال الشيخ : قال بعض البغداديين : وهذا مبنى على أصل فساده ، هل هو في عقده أو لحق [الورثة][1] .

فإذا قلنا : إنه في العقد ، لم يصح الثبوت عليه .

وإذا قلنا : إنه لحق ورثته صح بعد زوال الرضا لزوال حقوقهم منه ، كنكاح العبد بغير إذن سيده ، وهذا اعتدال عبد الملك .

قال الشيخ : وقال **ابن القاسم** : في نكاح المحرم : إنه يفسخ وإن حل من إحرامه .

والفرق بينه وبين نكاح المريض إذا صح : أن نكاح المحرم إنما يفسخ لعلة في نفسه وهو الإحرام ، وقد حرمه النبي ﷺ ، ونكاح المريض إنما حرم لعلة في غيره ، وهو أنه يدخل على الورثة وارث ، فإذا ارتفعت العلة لم يكن للورثة حجة في فسخ النكاح .

---

(١) في ب : ورثته .

فإن قيل : ينبغي أن يمنع المريض من الوطء لئلا يدخل على الورثة زيادة وارث كما منع من التزويج قبل التزويج قد أدخل وارثًا حقيقة الوطء قد يكون منه الولد وقد لا يكون ، فوجب ألا يمنعه حقًا واجبًا لأمر غير متيقن ، هذا أصلهم .

وكذلك العلة في المكترى وزوجته إلى الحج أنه لا يمنع من الوطء لحجة الجمال أن تنفس فيجلس عليها ، إذ ليس من كل وطء يكون الولد ، ولا يترك حقًا واجبًا لأمر يكون أو لا يكون .

وقالوا في المخدمة : إنه لا يجوز لسيدها وطؤها لأنه يبطل الحوز ومنعوه من الوطء لعلة حالة متيقنة .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن تزوج امرأة في مرضه ودخل بها ، فرق بينهما وكان صداقها في ثلثه مبدأ على الوصايا والعتق ، ولا ترثه ، ويفسخ قبل البناء ولا صداق لها ولا ميراث .

قال في كتاب محمد : وإذا بنى المريض ، فلها المسمى في ثلثه وإن زاد على صداق المثل المبدئ على الوصايا بالعتق الواجب وغيره ويدخل فيما علم وفيما لم يعلم ، ولا يبدأ عليه المدبر في الصحة .

وله قول إنه مبدأ علياً المدبر في الصحة ، وليس بشيء .

قال سحنون في كتاب الإقرار : إذا كان المسمى أكثر من صداق المثل ، لم يكن لها إلا صداق المثل في قول **ابن القاسم** ، فيكون ذلك مبدأ على الوصايا وعلى المدبر في الصحة .

واختلف في الزائد فقيل : يسقط ، قاله **ابن القاسم** ، وقيل : تحاص به الوصايا .

قال الشيخ : وهذا أيضًا بناء على الميراث [فمن رأى أنهما لا يتوارثان رأى أن لها الزائد على صداق المثل ، إذ ليس فيه أن تكون وصية لغير وارث][1] ومن رأى أنها ترثه لم يعطها الزائد على صداق المثل ، لأنه وصية لوارث .

واختلف في نكاحه الأمة والكافرة ، فقال أبو المصعب : يجوز لأنه لم يدخل وارثًا .

---

(١) سقط من أ .

وقال عبد الملك : لا يجوز ، لأن الأمة قد تعتق والكافرة قد تسلم قبل الموت فتصير من أهل الميراث .

قال بعض البغداديين : وهذا القول أصح ، والأول أولى لأنه أوقع النكاح في حال لم يدخل به على الورثة ضررًا لأنهما غير وارثين ، وما يترقب من العتق أو الإسلام قد يكون أو لا يكون ، فلا يمنع أمر واجب له لأمر يكون أو لا يكون ، هذا أصلهم .

قال الشيخ : وإذا فوض إليه في نكاحه في مرضه سمى لها ثم مات ، فلا شيء لها إلا أن يدخل بها فذلك في ثلثه ، وإن كان أضعف صداق المثل [ق/ ٥٤ / ٣ ب] مبدأ أعلى الوصايا ، وكذلك لو نكح بتسمية .

وقال أصبغ : يبدأ قدر صداق المثل ، والزائد يحاص به .

قال **ابن المواز** : وأحب إليَّ قول عبد الملك : إن لها صداق المثل مبدأ ويبطل ما زاد عليه .

يريد في التفويض في المرض ، لأن الواجب لها بالوطء صداق المثل ، فما زاد فليس بوصية ، لأنه لم يرد به الوصية وأما التى تزوجها بتسمية فبتلك التسمية رضيت، فلها جميعه في الثلث ، وهذا التفسير في غير رواية ابن أبي مطر عن أبى المواز.

وذكر عن أبي عمران أنه قال : أجمع أصحابنا أن صداق المريض لا يكون في رأس المال .

قال : وذكر أبو الحسن عن المغيرة أنه قال : ذلك في رأس المال ، ولا أدرى أين رآه ، وقد رأيت في كتاب المغيرة : أنه من الثلث ، وجعل الشيخ أبو الحسن ربع دينار من رأس المال ، فعلى هذا تحاص أهل الدين بالربع دينار .

قال بعض فقهائنا : وهو قول حسن إذ لا يستباح البضع بأقل من ربع دينار ، ويدل على صحة قوله في العبد يتزوج بغير إذن سيده ، ويدخل فيفسخه السيد أنه يترك لها ربع دينار ، فإذا لم يكن للسيد في ذلك حجة فالورثة والمديان أحرى ألا تكون لهم حجة .

فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها ومن أدخلت عليه غير زوجته وهل يبوأ مع الأمة بيتًا، والحكم في الخنثى ونكاحه امرأة زناها أو قذفها

قال **ابن القاسم** : ومن اشترى جارية أو أراد شراءها ، أو خطب امرأة فقال له أبوه : قد نكحت الحرة ووطئت الأمة بشراء ، وأكذبه الابن ،فلا يقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشيًا قبل الشراء أو النكاح ، فأرى له أن يتنزه عنها ، ولو فعل لم أقض به عليه .

وقد **قال مالك** : لا تجوز شهادة امرأة واحدة في الرضاع ، إلا أن يكون قد فشى وعرف في الأهلين والمعارف والجيران ، فأحب إلى ألا ينكح ويتورع .

قال **ابن القاسم** :فشهادة الوالد في مسألتك مثل شهادة امرأة واحدة في الرضاع.

قال : وذلك الأم إذا لم تزل يسمعونها تقول : قد أرضعت فلانة ، فلما كبرت أراد الابن تزوجها ، فلا يفعل ، ولا تجوز شهادة امرأتين في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعرف فإذا كان كذلك رأيتها جائزة [ق / ٨٥ / ٣ أ] .

فصل

قال مالك : وإذا تزوج أخوان أختين فأخطابهما فأدخل كل واحد منهما على زوجة أخيه فوطئها ، ردت كل واحدة إلى زوجها ولا يطأها إلا بعد ثلاث حيض .

قال **ابن القاسم** : وعلى العالمة منهما الحد ولا صداق لها .

ذكر عن أبي عمران أنه قال : لا نفقة لكل واحدة في الاستبراء على زوجها لأنه لم يدخل بها ، ولا على الواطئ لأنها غير زوجته إلا أن يظهر حمل فترجع عليه بما أنفقت .

وأما من وطئ زوجة رجل في ليل فظن أنها زوجته ولم تحمل فنفقتها في استبرائها على زوجها كما لو مرضت فإنه ينفق عليها .

قال : وسواء كان للتى أدخلت على غير زوجها مالا أم لا ، لا نفقة على أحد منهما .

وذكر في بعض التعاليق :أن نفقة كل واحدة على زوجها الحقيقى ، والأول أصوب فإن قالت : لم أعلم وظننت أنكم زوجتمونى منه ، فلها صداق مثلها على

الواطئ ، ويرجع هو به على من غره .

قال مالك في « الواضحة » : فإن لم يغره منها أحد وإنما كان خطأ منهم ، فصداق مثلها على الواطئ .

يريد : ولا يرجع عليها بشيء ، إذ ليست عالمة والخطأ لازم ولا يعذر به ، وفي العمد الحد مع صداق المثل .

ومن كتاب محمد وكتاب ابن سحنون : ومن زوج ابنته لرجل فأدخل عليه أمته على أن ابنته ، فهذه تكون له بما تلد أم ولد ، وعليه قيمتها يوم الوطئ ، حملت أم لم تحمل ، ولا قيمة عليه في الولد بمنزلة من أجل أمته لرجل وتبقى ابنته زوجة له .

ولو علم الواطئ أن الذى أدخلت عليه غير زوجته ثم وطئها ، فهو سواء ولا حد عليه .

وقال ابن حبيب : ومن أدخل أمته على زوج ابنته فوطئها درأ عنه الحد ولزمته بالقيمة ، وتحد الأمة إلا أن تدعى أن سيدها زوجها منه ، ويعاقب السيد .

ومن « العتبية » : قال عيسى : عن **ابن القاسم** : فمن طلب الدخول فأدخلت عليه جارية بكراً بامرأته وامرأته ثيب ، وقيل له : لا تقربها الليلة فحلف بعتق رقبة لأوطئها الليلة وهو يظنها امرأته ، فوطئها تلك الليلة واستمرت حاملاً ، وعليه شرط لزوجته بعتق كل جارية يتخذها أم ولد وأمرها بيده .

قال : يلحق به الولد ولا حد عليه ولا عليها ، ويعتق عليه رقيقه ، وليس عليه طلاق ولا تمليك لزوجته ، وعليه لزوجته قيمة الولد إن لم تعلم زوجته بما صنع أهلها، ولا تقوم عليه الجارية ولا يرجع [ق/ ٥٥ / ٣ ب] الزوج على الذى عنده بقيمة الولد ولا يكون أشد من المستحقة من يده يحمل فيؤدى قيمة الولد ولا يرجع على الغاصب ، ولو كان ذلك بعلم زوجته لم ترجع بقيمة الولد ولا تقوم عليه الجارية إلا أن يشاء هو ذلك .

قال الشيخ : هذا كلام جيد ، وهو خير من كلام سحنون الذى ألزمه في الأمة القيمة وإن لم تحمل ، وخير من كلام الذى ألزمه .

ابن حبيب : الذى ألزم الأمة الحد ، لأن الأمة في ذلك كالمكرهة فيجب أن يسقط عنها الحد ، والله أعلم .

ومن « **المدونة** » : من نكح أمة فليس له أن تبوأ معه بيتًا وتبقى في خدمة ساداتها، وليس للسيد منعه الوطء إذا أراده ، ولا يضروا به ، ويمنع هو من الضرر بهم ، وللسيد بيعها وليس للمبتاع منع زوجها منها ، وإن بيعت من موضع لا يصل إليها الزوج فله طلبها والخصومة إن منع منها ، ويتبعه البائع بمهرها أو بنصفه إن طلقها قبل البناء .

ومن « **المدونة** » : **ابن القاسم** : والحكم في الخنثى بمخرج البول ، فإن كان يبول من ذكره فهو رجل ، وإن كان يبول من فرجه فهو جارية ، لأن النسل من المبال وفيه الوطء ، فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك ، وما اجترأنا على سؤال مالك.

وعنه **قال الشيخ** : وقيل : إن أول من حكم بذلك في الجاهلية عامر بن العرب العدواني برأى جارية له راعية غنم ، ثم حكم به على بن أبي طالب في الإسلام بأن جعل الحكم للمبال .

وروى أيوب الأعور القرضى في كتابه : أن الرسول عليه السلام سئل عن مولود له قُبُلٌ وذكر ، من أين يورث ؟ فقال عليه السلام : « من حيث يبول »[1]، وكذلك قال على رضي الله عنه : إذا بال من ذكره ورث ميراث ذكر ، وإن بال من فرجه ورث ميراث أنثى ، فإن خرج منهما جميعًا فمن أيهما سبق ، وذلك قول جابر بن زيد وغيره من التابعين .

قال أيوب : فإن خرج منهما جميعًا ، فقال أبو يوسف وبعض أصحاب أبي حنيفة : ينظر من أيهما خرج أكثر فيكون الحكم له به .

قال الشيخ : قال شيخنا أبو بكر بن عتيق ابن عبد الجبار : أنكر ذلك السعى فقال: أيوزن البول ؟أيكال البول ؟ لا علم لي إذا بال منهما جميعًا ، والأول ما قالته الجماعة ، لأن الأقل يتبع الأكثر في أكثر الأحكام .

قال : فإن بال منهما جميعًا متكافئا فهو مشكل في حال الصغر ، ثم ينظر في كبره وبلوغه فإن نمت لحيته ولم ينبت له ثدى فهو رجل ، لأن اللحية علامة التذكير،

---

(١) أخرجه البيهقي في « الكبرى » (١٢٢٩٨) ، وابن عدى في « الكامل » (٣/ ٢٤٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما . قال الشيخ الألباني في « مختصر الإرواء » (١٧١٠): موضوع .

وإن لم ينبت له لحية وخرج له ثدى فهو امرأة ، لأن الثدى يدل على الرحم وتربية الولد .

فإن لم ينبت له لحية ولا ثدى أو نبتا جميعهما نظر ، فإن حاضت من فرجها فهى امرأة ، وإن احتلم من ذكره فهو رجل .

وإن احتلم وحاض ، أو لم يكن من ذلك شيء فهو مشكل عند من تكلم في الخنثى إلا على قولة شاذة ذهب إليها بعض الناس أنه ينظر إلى عدد إضلاعه .

قال: وذلك أن أضلاع الرجل أقل من أضلاع المرأة بضلع فأضلاع المرأة ثمانية عشر ضلعًا في كل جانب ، وأضلاع الرجل ثمانية عشر ضلعًا في الجانب الأيمن وفي الأيسر سبعة عشر ضلعًا ، وذكر أن الله تعالى لما خلق آدم جعل له ثمانية عشر في كل جانب ، ثم ألقى عليه النوم فنام فاستل من جانبه الأيسر ضلعًا فخلق منه حواء ، فالمرأة تزيد ضلعًا على الرجل ، وعند هذا القائل لا يكون مشكلاً في صغر ولا كبر.

قال أيوب : وإليه كان يذهب الحسن البصرى ، وتابعه على ذلك محمد وابن عبيد .

قال : والجماعة على خلافهما .

واختلف أهل العلم إذا كان مشكلاً كيف يكون ميراثه ؟ فذهب أكثرهم وحذاقهم إلى أن يكون له نصيب نصف ذكر وصف نصيب أنثى .

قال ابن حبيب : فيكون له على ذلك ثلاثة أرباع المال ، فجعل له هذه الثلاثة أرباع عند مقارنة غيره من الولد ، فإن كان معه ذكر قسم المال بينهما على سبعة ، ثلاث للخنثى وأربعة للذكر .

وإن كان معه أنثى قسم المال بينهم على خمسة .

وذهب أكثر القائلين بنصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى إلى أنه يورث بالأحوال ، وذلك أن الخنثى في حال يكون ذكرًا وفي حال يكون أنثى ، فيعمل على الحالين .

قال الشيخ : وسأذكر ذلك في كتاب الفرائض ، وأذكر فيه بقية اختلافهم فيه وكيفية حساب توريثه [ق/ ٨٦ / ٣ أ] إن شاء الله .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولا يصلي إلا مستترًا في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء ، ولا يطأ ولا يوطأ بنكاح .

وقيل : له أن يطأ أمته ، وذكر حمدين نحو ما ذكرنا .

وذكر عن ابن أبي هشام في الخنثى المشكل إذا مات اشترى له خادم يغسله ، واستحسنه أبو عمران .

وذكر : أنه إذا غزا فرض له ربع سهم ، لأن له في بعض الأحوال سهمًا وفي بعض الأحوال لا شيء له ، بخلاف الوراثة .

وذكر أنه إذا زنى بذكره أنه لا حد عليه ، لأن ذكره كأصبع ، وإذا [ق/ ٥٦ / ٣ ب] وطئ في فرجه كان عليه الحد .

ومن « المدونة » : قال **ابن القاسم** : فلا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان زنى بها بعد الاستبراء ، أو امرأة قذفها فحد بها أو لم يحد .

في الدعوى في النكاح

قال **ابن القاسم** : وإذا ادعت امرأة نكاح رجل أو ادعاه هو عليها ولا يمين على المنكر إذ لا يقضى عليه بنكوله .

ومن غير « المدونة » : قال غيره : وفارق البيوع هاهنا ، لأنه لا يستباح فرج في سنة الرسول عليه السلام إلا بصداق وبينة وولى ، فلا ينعقد النكاح بأيمان .

ولو أقام **الزوج** شاهدًا فاستحلفت المرأة فنكلت ، لم يلزمها النكاح ، ولا تسجن كما يسجن الزوج في الطلاق .

ومن « المدونة » : قال **ابن القاسم** : وإذا ادعى رجلان امرأة ، كل واحد يدعى أنها زوجته وأقاما البينة ولم يعلم الأول منهما ، والمرأة مقرة بأحدهما أو بهما أو منكرة لهما ، فإن عدلت البينتان فسخت نكاحهما وكانت طلقة ونكحت من أحبت منهما أو من غيرهما .

وإن كانت إحداها عادلة والأخرى غير عادلة قضيت بالعدالة .

قيل : فإن كانت واحدة أعدل من الأخرى وكلهم عدول ؟

قال : يفسخان جميعًا بخلاف البيوع ، لأن السلع لو ادعى رجل أنه ابتاع هذه

السلعة من فلان وأقام بينة، وادعى آخر أنه ابتاعها من فلان وأقام بينة .

قال مالك : فيقضى بأعدل البينتين.

قال الشيخ : لعله يريد أن شهادتهما كانت في مجلس واحد ولفظ واحد ، فتقول بينة كل واحد : إنه باعها ممن شهد ، قال : فهذه قد تهاترت ، ويقضى فيها بأعدل البينتين .

فأما لو شهدت بينة كل واحد أنه ابتاعها من فلان ولم تؤرخ ولا علم من هو الأول ، فهذه لم تتهاتر ، إذ يمكن أن يبيعها من أحدهما ثم يبيعها من الآخر، ويخير كل واحد منهما في أن يأخذ نصف السلعة ويرجع على البائع بنصف الثمن إن كان نقده أو يرده ويأخذ ثمنه ، وإن شاء رداها وأخذ ثمنيهما ، فإن رداها فللبائع أن يلزمهما أيهما شاء .

وإنما قسمتها بينهما ، لأن شراء واحد منهما صحيح ، فلما لم يعلم واستحال أمر القسمة فسخ ، وهذا بيِّن .

ومن « المدونة » : قال **ابن القاسم** : وإن صدق البائع إحدى البينتين وكذب الأخرى ، لم ينظر إلى قوله .

قال **ابن المواز** : فإذا كانت الزوجة مقرة لأحدهما جعلتها له زوجة ولم أفسخ نكاحها منه ، لأني لو فسخت نكاحها ثم رجعت إلى الذى أقرت له أنه الأول بغير ائتناف نكاح لم أمنعها إذ لم يبق لهما خصم ينفى قولهما .

وإذا لم تؤقت بينة الآخر وقتًا ، فهي زوجة من أقرت أنه الأول حتى يأتى ما يبطل ذلك .

وإن كانت منكرة لهما كان لها أن تتزوج أيهما شاءت ، فمن تزوجته منهما لم يلزمه الطلاق ، لأنه إن يكن الآخر منهما فلم تكن امرأته فيلزمه الطلاق ، ولو كان هو الأول فقد رجعت إليه على حالها ولم يضره دعوى الآخر ، إلا أنى أحب أن يتزوجها بصداق وولى احتياطًا لما عمى من أمره ، ولا يضره ذلك ، وأما الآخر فإنه متى تزوجها بعد هذا الذى تزوجته فإنه يلزمه طلقة ، وكذلك لو تزوجت غيرهما ودخلت ، لزم من تزوجته منهما طلقة .

قال الشيخ : وذكر عن بعض شيوخنا أن قول **ابن المواز** هذا خلاف لقول **ابن**

القاسم .

قال : ولسحنون أن يقضى بأعدل البينتين كالبيع ، ومثله لأبى إسحاق البرقى ، وإنما يصح هذا عندى في التهاتر أن يشهدا في مجلس واحد ولفظ واحد ، فإنه يقضى بأعدل البينتين ، لأن كل بينة قد كذبت صاحبها .

فأما إن شهدا في مجلسين فلم يؤرخا ولا علم الأول ، فالصواب قول **ابن القاسم** كما بينا في صدر المسألة ، وفرقنا فيه بين النكاح والبيع ، فتأمله تقف على صوابه إن شاء الله تعالى .

في ملك أحد الزوجين صاحبه

وأجمعوا أنه لا يجوز نكاح الرجل أمته ولا المرأة عبدها ، لأن الرجل يستبيح منافع البضع في أمته بملكه ويتصرف فيها بالبيع والهبة وغير ذلك ،والتزويج إنما هو معاوضة على استباحة منافع ليست مملوكة فلو أبحنا له تزويج أمته لحرمنا عليه التصرف فيها بالبيع وغيره .

ولم يجز تزويج المرأة لعبدها لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ، وذلك يستحيل في العبد أن يملك شيئًا من سيدته ، لأنها تملك رقبته ، وذلك يوجب تعارض الحقوق لأنه بملكه بضعها تلزمها طاعته وتلزمه طاعتها بالرق ، ويلزم كل واحد نفقة صاحبه ، وفي ذلك تعارض الحقوق وبطلانها ، وقد بينا ذلك في الكتاب الأول أيضًا ، فإذا ثبت هذا وجب إذا ملك أحد الزوجين [ق/ ٥٧ / ٣ ب] صاحبه أن يفسخ نكاحه .

قال مالك : وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو [ ] [١]منه ، قلَّ أو كثر فسخ النكاح فسخًا بغير طلاق ، ملكه بشراء أو ميراث أو صدقة أو وصية ، وقاله على وابن مسعود رضي الله عنهما .

قال أبو الزناد : وهي السنة .

قال **ابن القاسم** : وإذا اشترت امرأة زوجها فسد النكاح واتبعته بمهرها دينًا إن كان قد دخل بها ، وإذا لم يؤذن للأمة في التجارة لم يكن لها أن تشترى زوجها إلا بإذن سيدها شراءها بغيًا على نكاحها .

---

(١) بياض في أ ، ب .

فصل

ولا يطلق السيد على عبده بغير إذنه .

قال ابن نافع عن مالك : ومن زوج أمته من عبده ثم وهبها له ليغترى فسخ النكاح وأن يحلها لنفسه أو لغيره ، لم يجز ولا تحرم بذلك على الزوج ولا تنزع منه .

قال **ابن القاسم** : ومن ملك من امرأته شقصًا ثم آلى منها أو ظاهر لم يلزمه الظهار، إذ ليست بأمة تامة ولا زوجة ، ويلزمه الإيلاء إن نكحها يومًا ما .

ومن ضمن صداق عبده ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في صداقها فرضيت فسد النكاح .

فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده .

ابن حبيب : وإن كان قد بنى بها انفسخ النكاح وملكته ، وقاله **ابن القاسم** .

في كتاب النكاح الأول شيء من هذا .

القضاء في الصداق والعجز عنه

قال تعالى : ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾[1] ، وقال : ﴿ **فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾[2] .

وقال [ق / ٨٧ / ٣ أ] مالك و**ابن القاسم** :وللزوجة منع نفسها حتى تقبض صداقها إن كان بألفين ، فإن أعسر الزوج بنقدها قبل البناء تلوم له الإمام وضرب له أجلاً بعد أجل ، ويختلف التلوم فيمن يرجى له وفيمن لا يرجى له ، فإذا استأصل التلوم له ولم يقدر على نقدها فرق بينهما ، وإن أجرى النفقة ، ولو أعسر به بعد البناء لم يفرق بينهما إذا أجرى النفقة ، واتبعته به دينًا .

قال ابن حبيب : إذا لم يجد الصداق ولم يبن بها كلف النفقة ، وفسخ له في أصل الصداق .

فإن لم يجد أيضًا النفقة أجل أجلاً دون أجل ذلك في الصداق مثل الأشهر إلى

(١) سورة النساء (٤) .
(٢) سورة النساء (٢٤) .

السنة ،وإن وجد النفقة أحد السنة والسنتين .

وإذا فرق بين الزوجين قبل البناء لعدم الصداق أو للنفقة ، فللمرأة نصف الصداق قاله **ابن القاسم** و**ابن وهب** .

وقال **سحنون** عن ابن نافع : إذا طلق عليه قبل البناء لعدم الصداق فلا صداق لها ، لأن الفراق من قبلها .

وكذلك من عجز قبل البناء ففرق بينهما فلا صداق لزوجته .

قال بعض الفقهاء : ولا خلاف في المجنون لأن عذره قائم ، وأما المعدم بالنفقة أو بالصداق يمكن أن يخفى ماله ويظهر العدم أو يقدر على ذلك بوجه ما ، فيصير الطلاق كأنه هو اختاره ، فوجب عليه نصف الصداق عند من رأى ذلك .

وإذا أسلمت ذمية تحت ذمي ، أو عتقت أمة تحت عبد ، فاختارت نفسها وذلك قبل البناء فلا صداق لها .

قال إسماعيل القاضي : لأن الطلاق من قبلها لا من قبل الزوج وقد قال الله تعالى : ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ** ﴾[1] الآية ، فالزوج هاهنا لم يكن مطلقاً ، وذلك بخلاف المملكة والمخيرة قبل البناء فهذه لها نصف الصداق ، قاله مالك لأن الطلاق هاهنا من قبل الزوج إذ جعله لها .

وذكر عن أبي عمران فيمن باع أمته من ظالم قبل أن يدخل بها زوجها فمنع الزوج من الدخول بها ولم يقدر عليه ، قال : لا صداق على الزوج ، وإن قبضه منه السيد لزمه أن يرده عليه ، وبالله التوفيق .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولها أخذه بالمهر بعد تمام العقد ، فإن نكحها مثل نكاح الناس على النقد ، فأما ما كان من مهر أي بموت أو فراق فإن هذا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده.

قال مالك مرة : يكون لها قيمة المهر المؤخر نقداً .

يريد مع المعجل .

وقال مرة : يكون لها صداق المثل نقداً لا تأخير إليه .

---

(١) سورة البقرة (٢٣٧) .

قال ابن القاسم : وهو أحب قوله إليّ أن تعطى مهر مثلها ويحسب عليها فيه ما أخذت من العاجل ويسقط الآجل .

فصل

ابن حبيب : وإذا رضيت المرأة بالبناء قبل أن يقدم شيئًا فليس بحد ، وهو معنى قول الله تعالى : ﴿ **لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ** ﴾ (١) .

وقيل : هو ما أعطته أو وضعت عنه من صداقها .

وأجاز ابن المسيب وغيره أن يدخل قبل أن يقدم شيئًا ، وكرهه آخرون ، وكرهه مالك حتى يقدم ولو ربع دينار ، وكره **ابن القاسم** أن يدخل بالهدية التي أهداها حتى يقدم ربع دينار ، وأجازه مالك وابن المسيب وابن شهاب .

في نفقة الزوجات والعجز عنها والدعوى في ذلك ، ومن أنفق على أجنبي

قال الله تعالى : ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ** ﴾(٢) .

[ق/ ٥٨ / ٣ ب] **قال عبد الوهاب** : وقال الرسول عليه السلام : « تقول لك امرأتك : أنفق عليّ أو طلقني » (٣)، ولأن الزوجة عقد منافع والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، فهي واجبة بالعقد والتمكين من الاستنفاع .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ومن تزوج امرأة لم تلزمه نفقتها حتى يدعى إلى البناء ، فحينئذ يلزمه الإنفاق ، فإذا منع من الدخول ولا نفقة عليه .

قال مالك : فإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها لصغرها ، فقيل له : ادخل عليها أو أنفق ، فلا تلزمه نفقتها ولا صداقها .

قال الشيخ : لأن الاستمتاع غير متأت منها .

قال مالك : حتى تبلغ حد الجماع ، وإن لم تحض ، لأن الاستمتاع حينئذ متأت

---

(١) سورة النساء (٢٤) .

(٢) سورة الطلاق (٧) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٠٤٠) .

كالبالغ .

قال مالك : والصبى إذا زوجه أبوه امرأة بالغة فدعى إلى البناء ، فلا يلزمه نفقتها ولا صداقها حتى يبلغ حد الجماع وهو الاحتلام .

قال الشيخ : لأن الصغير لا يتأت منه الاستمتاع الذى تعاوض عليه لصغره ، فلا يلزمه شيء حتى يحتلم . وإن كان مثله يطأ ، والزوجة حتى يكون مثلها يوطأ وإن لم تحتلم .

قال ابن القاسم : ولو دعى الزوج إلى البناء وزوجته صغيرة لا يجامع مثلها ، فقال له أبوها أو أولياؤها : لا تمكنك منها لأنها لا تقوى على جماعك ، فلهم أن يمنعوه حتى تبلغ حد الجماع .

وقد **قال مالك** فيمن تزوج امرأة وشرطوا عليه ألا يدخل بها إلى سنة ، قال : فإن كان ذلك لصغر أو كان الزوج غريبًا يريد أن يظعن بها وهم يريدون أن يستمتعوا منها ، فذلك لهم والشرط لازم وإلا بطل الشرط .

وذكر أصبغ هذه الرواية **في « العتبية »** .

قال أصبغ : وما هو بالتقوى إذا احتملت الوطء .

قال فيها أشهب : ومن دفع الصداق فمنعوه أهلها حتى يهيئوها ، قال : الوسط من ذلك ليس له أن يقول : أدخلوها الساعة ولا لهم حبسها عنه ، ولكن وسط بقدر ما يجهزونها ويهيئون أمرها .

قال في كتاب محمد : ولو شرطوا عليه ألا يدخل إلى خمس سنين ، قال : فبئس ما صنعوا والنكاح جائز ، والشرط باطل ويدخل متى شاء ، وقاله **ابن وهب** عن مالك .

ومن « المدونة » : وإذا دعى الزوج إلى البناء وزوجته رتقاء لا تقدر على جماعها، خير الزوج بين أن يقيم معها أو يفارقها ، فإن فارقها فلا صداق لها ، إلا أن تعالج نفسها بأمر يصل به إلى جماعها ثم تدعوه إلى البناء فلها الصداق والنفقة ولا تجبر هي على العلاج .

ومن دعته زوجته إلى البناء والنفقة وأحدهما مريض مرضًا لا يقدر معه على الجماع ، لزمه أن يدخل أو ينفق ، ولا يشبه هذا الصبى أو الصبية .

وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ما حدث بهما من مرض إلا أن يكون مرضًا بلغ بالمرأة حد السياق فلا يلزم الزوج حينئذ أن يدخل عليها إن دعته ، لأن دخول هذا وغير دخوله سواء ، والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل ، ولها أخذه به حين تزويجها ، دخل بها أو لم يدخل .

ولو جذمت الزوجة بعد النكاح جذامًا لا يستطاع الجماع منه فدعته إلى البناء ، قيل له : ادفع الصداق وأنفق وادخل أو طلق .

قال الشيخ : لأن المنع لم يكن من قبلها ، وقد كانت يوم العقد ممن يمكن الاستمتاع بها ، وتلزمه النفقة عليها فلا يسقطها ما حدث من أمر الله بها ، ولا نفقة لناشز لما بينا أنها في مقابلة التمكين والاستمتاع ، فإذا منعته نفسها ولم تمكنه لم يجب لها نفقة .

ابن المنذر : وقاله الشعبى وحماد ومالك والأوزاعى والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولا أعلم أحدًا خالف هذا إلا الحكم ، فإنه قال في امرأة خرجت من بيت زوجها عاصية : لها النفقة ، والأول أصح .

وفي [ق/ ٨٨ / ٣ أ] كتاب ابن المواز : وإذا غلبت امرأة زوجها فخرجت من منزله وأبت أن ترجع وأبى أن ينفق عليها حتى ترجع فأنفقت من غيره ، **قال مالك** : فلها اتباعه بذلك .

ولسحنون في التى تهرب من زوجها من القيروان إلى تونس أو تشذ عنه الأيام فتطلبه بالنفقة ، قال : إن نشزت لأنها تدعى أنه طلقها ولا نفقة لها ، وإن قالت : إنما فعلت ذلك بعضه فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده .

وفي كتاب أبي بكر الوقار : فإذا احتجبت المرأة عن زوجها وطلبت منه النفقة، ولا نفقة لها ما حجبت نفسها عنه ، فإذا كانت معه في منزل ومنعته نفسها فعليه النفقة وعليه الاحتيال في الوصول إليها ، وإذا مرضت فعليه النفقة وليس عليه أن يحاور ما يلزمه لها في صحتها ، ليس عليه دواء ولا أجر طبيب ولا علاج أن يتطوع بذلك .

قال عبد الوهاب : لا يخلو حال المرأة من ثلاثة أوجه :

أن يعدم منها الوطء من قبل الله تعالى من مرض ونحوه ، أو من قبل الزوج من

سفر أو ترك ، فلا تسقط النفقة في هذين الوجهين ، أو ما يكون من قبلها من نشوزها ومنع الزوج من وطئها فلا تلزمه لها نفقة .

ومن « **المدونة** » : **قال مالك** : ويباع على الرجل فيما يلزمه من نفقة امرأته عروضه وربعه إن لم يكن له عين .

قال مالك : ويلزم العبد نفقة امرأته ، حرة كانت أو أمة وإن كانت الأمة تبيت عند أهلها.

قال [ق / ٥٩ / ٣ب] : ونفقة العبد في ماله إن كان له مال ، ولا نفقة لها من كسبه وغلته وذلك لسيده ، فإن لم يجد عبده فرق بينهما إلا أن يتطوع السيد بالنفقة ، ولا يباع العبد في نفقة زوجته .

قال مالك : ولا يغرم العبد نفقة أولاده الأحرار ولا العبيد .

قال عنه **ابن وهب** : وليس على عبد أن ينفق من ماله على من لا يملك سيده ، وذلك الأمر عندنا .

ابن القاسم : ولا تجبر أم الولد على نفقة ولدها كالحرة .

وإذا كان زوج المكاتبة عبدًا فحدث لها في كتابتها ولد فنفقتهم عليها ، لأنهم كأنهم عبيدها ، ونفقتها هي على زوجها .

وكذلك إن كان زوجها في كتابة أخرى على حدة فحدث بينهما ولد كانت نفقتهم عليها ونفقتها هي على الزوج، فإن لم ينفق عليها فرق بينهما ، فإن كانت كتابة الأب والأولاد واحدة فنفقتها ونفقة الولد على الأب حدثوا في الكتابة أو كاتب عليهم وليس عجز المكاتب عن نفقة ولده الصغار كعجزه عن الكتابة والخيانة .

فصل

قلت **لابن القاسم** : وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة كم يفرض لها : أنفقة سنة أو نفقة شهر بشهر ؟

قال : إنما ذلك على اجتهاد الإمام في عسر الرجل ويسره ، وليس الناس في ذلك سواء ، وينظر الإمام في ذلك أيضًا فيفرض لها على قدر حالها وحاله في عسره ويسره .

قال الشيخ : **قال سحنون** : يجرى عليها بقدر ما يرى السلطان من جدته ، فمن الناس من يجرى عليه يومًا بيوم ، ومنهم جمعة بجمعة ، ومنهم شهرًا بشهر.

قال ابن المواز : وإذا لم يجد إلا قوت شهر لم يفرق بينهما ويتلوم له إذا فرغ .

قال **ابن حبيب** :وإن لم يجد إلا الخبز وحده وما يوارى به عورتها ولو بثوب واحد .

قال مالك : من غليظ الكتان ، لم يفرق بينهما كانت غنية أو فقيرة ، فإن عجز عن هذين أو أحدهما فرق بينهما بطلقة .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : فإن لم يقدر أن ينفق عليها ، فرق السلطان بينهما بعد التلوم ، ويختلف في التلوم فيمن يرجى له ، ومن لا يرجى له .

قال مالك : فإن أيسر الزوج في العدة ارتجع إن شاء ، وإن لم ييسر فلا رجعة له ورجعته باطلة .

ابن المواز عن **ابن القاسم** : وإذا وجد نفقة شهر كان أملك بها في العدة ، وإن لم يجد إلا مثل نفقة العشرة الأيام أو خمسة عشر يومًا فلا رجعة له ، لأن ذلك لا قدر له وهو يصير إلى ضرر ، وقاله أصبغ **وابن حبيب** ، وهذا إذا كان الفرض عليه شهران .

فأما من كان الفرض عليه بالأيام لقلة ماله ، فإذا وجد الذى لو جاء به لم تطلق عليه فله الرجعة ، وقاله ابن الماجشون .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : فإذا كان الزوج حاضرًا ففرض لها السلطان نفقة شهر بشهر فأرادت منه حميلاً ، فلا يلزمه أن يعطيها بذلك حميلاً .

ومن طلق وأراد سفرًا فقالت له امرأته : أخاف حملاً فأقم لى بالنفقة حميلاً ، لم يلزمه حميل إلا في حمل ظاهر ، فإن ظهر بها حمل بعد أن سافر تبعته بما أنفقت إن كان في حال حملها موسرًا .

ابن المواز : **قال مالك** : لا يمنع من السفر ، ولا عليه وضع النفقة إن ادعت الحمل .

وقال **أصبغ** : إن تبين طول سفره وهو ممن يخاف عليها الحمل فليعطيها حميلاً بالنفقة أو يوقف لها مالاً ، وإن لم يكن بها ما وصفت لك فلا شيء عليه ولا يمنع

من السفر .

قال مالك : فإذا أنفق عليها بغير قضية وقد ادعت الحمل ، لم يرجع عليها إذا أنفق عليها بدعواها أو بقول القوائل ، فإن أنفق بقضية رجع عليها .

ابن المواز : لأنه انكشف أن ما قضى به غير حق .

وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاء فله أن يرجع ، ورواه عن مالك .

وإن أنفق بحكم لم يرجع عليها بشيء .

ابن المواز : وأحب إليَّ أن يرجع في الوجهين إن تبين ذلك بإقرار منهما أو بغير إقرار .

ومن « المدونة » : وإن أراد الزوج سفراً فطلبته امرأته بالنفقة فرض لها بقدر ما يرى من إبعاده ومقامه فيدفعه إليها أو يقيم لها به كفيلاً يجريه لها .

فصل

ومن أقام مع امرأته سنين بعد البناء بها وهو ملى فادعت أنه لم ينفق عليها ، فلها أخذه بها إن صدقها .

وإن أنكر فالقول قوله ويحلف .

قال ابن القاسم : وإذا قدم الغائب فقال : كنت أبعث إلى زوجتى بالنفقة وأجريها عليها وكذبته ، فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى السلطان واستعدت في غيبته ، فمن يومئذ تلزمه النفقة إن كان مليًا ، ولا يقبل دعواه الإرسال بعد قيامها إلا أن يأتى بالمخرج .

قال مالك في كتاب محمد : وليس عليه أن يحلف أنه بعث بذلك إليها ، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها .

قيل : وكيف يعلم وهو غائب عنها ؟

قال : يكون قد دفعه إليها قبل خروجه أو جاء بذلك كتابها إليه ، أو قدم من عندها من يخبره .

قال الشيخ : وذكر لنا عن أبى بكر بن عبد الرحمن : إذا طلق على الغائب لعدم النفقة ثم أتى فأثبت أنه ترك لها النفقة ، فإنها ترد إليه ، كان قد دخل بها أم

لا ، وهي لمحمد .

قيل : فإن تزوجت ودخل بها الثاني ؟

قال : ترد إليه أبدًا .

وقد قال ابن [ق / ٦٠ / ٣ ب] المواز : فيمن له زوجة تدعى عائشة ، فقال: عائشة طالق ، وقال : أردت زوجة غائبة تسمى عائشة ، فطلقت الحاضرة إذ لم يعلم صدقه ، ثم ظهر أنه صادق فيما [ق/ ٨٩ /٣ أ] زعمه أن المطلقة ترد إليه ، فإن تزوجت ودخل بها الثاني ، وكذلك مسألتك .

قال الشيخ : وذكر عن الشيخ أبي الحسن أنه قال فيمن غاب عن زوجته ولا مال له ينفق عليها منه ، قد قال بعض أصحابنا : إنها تطلق ، فلا أرى ذلك ، وليس هو كالحاضر ، لأن الحاضر قد استأصل الحكم حجته ، والغائب عسى أن تكون له حجة .

وقال أبو محمد : لا فرق عندى بين الحاضر والغائب ، وأرى أن يفرق بينهما إذا لم يكن له مال ينفق عليها منه وبالناس اليوم ضرورة إلى ذلك .

وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال فيمن فقد عن زوجته قبل البناء وهي بكر في حجر أبيها ، فطلب الأب الصداق والنفقة والكسوة وجميع لوازمها في مال الزوج ، فقال له : يأخذ جميع ذلك إذا كان يسع هذا ، قاله **ابن القاسم** ، ورواه أصحابه المصريون والأندلسيون على وأصبغ وقاله أصبغ ، وإنما كان لها الصداق كاملاً لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه أن يدفع إليها جميعه ، فإذا امتنع منها ببعد الغيبة لزم ذلك في ماله ،وهذا لا اختلاف فيه ، وإنما الخلاف في امرأة المفقود إذا رفعت أمرها إلى السلطان وأردت الخروج من عصمته فضرب لها أجل أربع سنين من بعد الكشف عنه فلم يعرف له خبر فاعتدت منه عدة الوفاة ولزمها الإحداد، فصار حكمها معه حكم الميت ، فأوجبوا لها الصداق .

فإن قدم وقد تزوجت ودخل بها الثاني ، فقال **مالك وابن القاسم** وغيرهما : لا ترد من الصداق شيئًا .

وقيل : بل ترد نصف ، لأنه قد تبين أنه طلاق حقيقة .

قال ابن دينار : يدفع إليها نصف الصداق ويوقف نصفه ، فإن حكم بموته رد

إليها ، ففي هذا الوجه اختلف ، وليس يدخل في هذا ما ذكر عن سحنون أنه إذا طلبت الزوجة مهرها عند دخوله بها فرأى أن تصبر عليه لأن ذلك عرف الناس ، لأن في مسألتنا قد أطال الغيبة وانقطع خبره فإذا لم يكن على إيقانه لبعد غيبته أو لجهالة موضعه صار حكمه حكم من لزمه الدخول فامتنع ، فلزمته النفقة والصداق ، وهذا القول في « **العتبية** » و « الموازية » ، ولم يذكر محمد في هذه المسألة اختلافًا ولا العتبى .

وفي « السلمانية » : قال : لا نفقة لها في ماله ، لأنه يدخل بها ولم يدع إليه لغيبته ، ولا يجب لها عليه صداق إلا من بعد ضرب السلطان له الأجل أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ، فعند ذلك يجب لها نصف الصداق وتتزوج إن أرادت النكاح ، وأما قبل ذلك فلا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أنفقت المرأة على نفسها وزوجها حاضر وقد ظهر بها حمل فلم تطلبه بذلك حتى وضعت حملها ، كان لها أن تتبعه بما أنفقت في الحمل وما أنفقت على نفسها في غيبته أو حضرته وهو معلوم فلا شيء لها عليه ، وإنما لها إن لم يقدر الزوج على النفقة أن ترضى بالمقام معه ، أو يفارقها ، فإذا أنفقت الزوجة على نفسها وعلى صغار ولدها وأبكار بناتها من مالها والزوج غائب ، فلها اتباعه بذلك إن كان في وقت نفقتها موسرًا ، وتضرب بما أنفقت على نفسها مع الغرماء ، ولا تضرب معهم بما أنفقت على الولد .

قال الشيخ : وإنما فرق بين ما أنفقت على نفسها وبين ما أنفقت على ولدها ، لأن نفقتها عنده أوجب من نفقة الولد ، لأن نفقة الزوجة تسقط الزكاة ، كانت بقضية أو بغير قضية، فهى كالدين عليه للأجنبى ، ونفقة الولد لا تسقط الزكاة ، لأنها لا تجب حتى يتبعوها .

قال الشيخ : ويجب على قول أشهب الذى يرى أن نفقة الولد كالزوجة وتسقط بها الزكاة أن تضرب مع الغرماء بما أنفقت على نفسها وعلى ولدها .

قال **ابن حبيب** : وتضرب بما أنفقت على نفسها في الفلس والموت ، قاله مالك و**ابن القاسم** .

و**قال مالك** أيضًا : تضرب في الفلس لا في الموت .

قال مالك : وإنما تضرب بما أنفقت في غيبته من يوم ترفع ذلك إلى السلطان .

قال مالك : إلى يوم مات أو فلس ، وما كان قبل ذلك فلا ، لأنها من يوم يحكم لها بالنفقة لا يقبل قول الزوج بعد ذلك أنه كان يبعث إليها بالنفقة ، لكنها تحلف أن ما ذكره باطل وتبرأ من دعواه ، وكذلك **قال مالك** في كتاب ابن المواز : إنها تحاص بما أنفقت بعد أن رفعت إلى السلطان لا ما أنفقت قبل ذلك .

ومن « العتبية » : **قال سحنون** في زوجة الغائب : تنفق من مالها على نفسها في الدين المستحدث ، فأما في دين قبل نفقتها فلا تحاص به .

ابن حبيب : فإذا رفعت امرأة الغائب أمرها إلى الإمام في النفقة وله مال حاضر حلفها أنه ما ترك لها نفقة ولا بعث إليها نفقة ولا وضعتها عنه ، ثم فرض لها .

قال : والغائب أبدأ من أهل [ق / ٦١ / ٣ب] النفقة حتى تثبت بينة أنه عديم من يوم خرج ، أو أعدم في وقت تذكره ، فتزول عنه في عدمه .

وإذا خرج معدما ، فالقول قوله أنه كذلك بقى وعليها هي البينة بملائه .

وإن خرج مليًا فعليه البينة أنه معدم ، فإن أشكل أمره يوم خرج فعليه البينة أنه معدم في غيبته .

قال ابن الماجشون : في ذلك كله .

وقال ابن المواز عن **ابن القاسم** : إن قدم معسرًا . وقال : ما زلت كذلك مذ غبت ، وأكذبته ، فهو مصدق مع يمينه حتى تقوم بينة بخلافه .

ولو قدم موسرًا وادعى مثل ذلك لم يصدق إلا ببينة .

وقال **في « العتبية »** عن ابن كنانة وسحنون : إذا قدم وقال : كنت معدمًا في غيبتى ، فالقول قوله ، وعلى المرأة البينة .

ومن « المدونة » قال : فإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضر ملى أو معدم ، فلها اتباعه بذلك ، إلا أن يرى أن ذلك بمعنى الصلة ، وكذلك يعرف من أنفق على أجنبى مدة فله اتباعه بما أنفق ، إلا أن يرى أنه أراد بذلك معنى الصلة والضيافة فلا شيء له ، ومن قضى له بذلك لم يأخذه بما أنفق من السرف كالدجاج والخراف

ونحوه ، ولكن نفقة ليست بسرف .

فصل

ومن أنفق على صبى صغير لم يرجع عليه بشيء ، إلا أن يكون للصبى مال حين أنفق عليه .

يريد : والمنفق به عالم ، فيرجع بما أنفق عليه في ماله ذلك ، فإن تلف ذلك المال وكبر الصبى فأفاد مالاً ، لم يرجع عليه بشيء .

قال مالك : وإذا أنفق الوصى التركة على الطفل ثم طرأ دين على أبيه يعترفها ولم يعلم به الوصى ، فلا شيء عليه ولا على الصبى وإن أيسر الصبى .

وقال المخزومى : يتبع الصبى بما أنفق عليه ، لأن صاحب الدين لم ينفقه على اليتيم فيرى أن ذلك منه حسبه [ق/ ٩٠ / ٣ أ] .

فصل

وإذا قوى الرجل على نفقة امرأته دون صغار ولده منها لم يطلق عليه ، إذ لا يلزمه النفقة على ولده إلا في يسره ، ويكون الولد من فقراء المسلمين .

فصل

ومن له على امرأته دين وهي معسرة ، فلا يقاصها به في نفقتها ، وعليه أن ينفق عليها ويتبعها بدينه. وإن كانت ملية فله مقاصتها بدينه في نفقتها . .

فصل

وإذا فرض القاضى للزوجة ، ثم مات أو عزل فادعت المرأة قدرًا وادعى الزوج دونه ، فالقول قوله إذا أشبه نفقة مثلها فالأنفق لها فيما يشبه ، فإن لم يأتيا بما يشبه ابتدئ لها الفرض .

فصل

وإذا قبضت نفقة شهر فتلفت قبل الشهر أو أنفذتها أو تخرقت الكسوة أو سرقت قبل مدتها ، فلا شيء لها على الزوج .

وكذلك إن دفع إليها نفقة سنة عنها أو عن ولدها ، فقد ضمنتها بالقبض ، وإن هلك الزوج أو هلكت الزوجة قبل المدة رجع الزوج بما بقى في المحاسبة .

ومن كتاب القذف : **قال مالك** : فإذا دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها ، بفريضة قاض أو بغير فريضة ، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو أشهر، فلترد بقية النفقة بقدر ما بقى من السنة ، وأستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر .

قال ابن القاسم : وأما بعد عشرة أيام ونحوها فهذا قريب ووجه ما **قال مالك** إذا مضت الأشهر .

قال سحنون : ولا يعتدل هذا يعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر ، لا تتبع بشيء.

ومن النكاح قال : ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال تعدى فيه ، وتباع فيها عروضه وربعه إن لم يكن له عين ، ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيل ، ويبقى الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يصنع فيه إذا أقيم عليه بدين وهو غائب .

وإن كان للزوج ودائع وديون فإن للزوجة نفقتها في ذلك ،ولها أن تقيم البينة على من جحد ذلك من غرمائه أن لزوجها عليهم دينًا ويقضى عليهم بنفقتها .

وكذلك لمن قام عليه بدين .

وإذا لم يكن للزوج مال تعدى فيه ، فأنفقت من عندها حتى قدم ، فإن كان في غيبته مليًا رجعت عليه وإلا فلا .

قال ابن حبيب : وإذا خرج معدمًا فالقول قوله أنه كذلك بقى في غيبته ، وعليها البينة بملائه .

فإذا خرج مليًا ، أو أشكل أمره من يوم خرج ، فعليه البينة أن كان معدمًا في غيبته ، وقاله ابن الماجشون .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : وإذا أسلم المجوسى فلا نفقة لزوجته المجوسية ، إذ لا تؤخر إما أن تسلم وإلا فرق بينهما .

فصل

قال مالك : كان من أدركت يقولون : إنه إذا لم ينفق على امرأته فرق بينهما .

قال ابن القاسم : وإذا لم يقدر الزوج على نفقة امـرأته وهما حران أو عبدان أو أحدهما ، ولم ترض الزوجة بالمقام معه ، تلوم له الإمام ، فإن قدر على نفقتها وإلا فرق بينهما .

قال مالك : والناس في هذا مختلفـون ، منهم من يطمع له بقوة ومنهم من لا يطمع له .

ابن وهب : وأمر عمر بن عـبد العزيز أن يضرب للزوج [ق/ ٦٢ / ٣ ب] في التلوم في النفقة أجل شهر أو شهرين ، وقاله سعيد بن المسيب .

قال : فإن لم ينفق عليها إلى ذلك الأجل فرق بينهما .

قيل لابن المسيب : يا أبا محمد سنة هذه ؟

فأقبل فوجهه كالمغضب ، وقال : سنة . سنة ، نعم سنة .

قال عبد الوهاب : وقيل : يتلوم له الإمام الأيام اليسيرة كالثلاثة ونحوها ، فإن أنفق وإلا طلقت عليه .

قال : وإنما قلنا : إنه يفـرق بالإعسار خلافـًا لأبى حنيفة لقـوله تعالى : ﴿ **وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ﴾[١] ، وفي إمسـاكه إياها بغير إنـفاق ضرر بها وتضـييق عليها، وقـوله تعالى : ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[٢] ، وقوله عليه السلام: « تقـول لك امرأتك : أنفق عليّ أو طلقنى »[٣] ، ولأن النفـقة في مقـابلة الاستمـتاع ، فلما كانت إذا نشزت لا نفـقة لها لمنعهـا الاستمتاع كـان لها إذ لم تجد النفقة مفارقته ، ولأنه لما كان لها مـفارقته في الإيلاء والعنة وضررهما أيسر من ضرر النفقة ، كان في عدم النفقة أولى .

ومن « المدونة » : قال يحيى بن سعيد : وإذا افتقر الزوج ووجد ما يقيمها به من الخبز والزيت وغليظ الثياب ، لم يفرق بينهما .

---

(١) سورة الطلاق (٦) .

(٢) سورة البقرة (٢٢٩) .

(٣) تقدم تخريجه .

قال ربيعة : وأما الشملة والعباءة فعسى ألا يؤمر بكسوتها .

قال الشيخ : يريد ولا يجزئه ، وليس عليه خادم إلا في يسره ، ويتعاونان على الخدمة في عسرة .

قال ابن القاسم : وليس على المرأة من خدمتها وخدمة بيتها شيء .

قال ابن المواز : **قال مالك** : فإن علمت المرأة أنه فقير عند نكاحه إياها ،فلها عليه القيام بالنفقة إلا أن تعلم أنه من السُؤَّال قبل نكاحه ، ولا حجة لها .

وروى لنا عن أبى بكر بن عبد الرحمن في الرجل لا يجد ما ينفق على أم ولده، أو يغيب إلى بلد ولا يترك لها نفقة ، فقال : تعتق عليه ، ولا تزوج لأن تزويج السيد إياها مكروهة ، فكيف يأمر الحكم بفعل مكروه ؟!

وذكر عن أبى بكر بن اللباد عن يحيى بن عمر أنه قال : إذا لم يكن في علمها ما يكفيها في نفقتها فلتعتق عليه .

قال أبو بكر : ولذلك **قال أشهب** : تعتق عليه .

وقال بعض القرويين : تزوج عليه إن كان غائبًا ، أو يزوجها هو إن كان حاضرًا أو عجز عن نفقتها ، لأنّا نجد سبيلاً إلى النفقة هذا ، فهو أولى من إخراجها عنه بالعتق .

قال : والمدبر إذا لم يكن في خدمته وإجارته كفاية نفقته ولم يجد السيد ما ينفق عليه فإنه يعتق عليه .

وذكر أبو عمران عن الصيرفي في سماع **ابن القاسم** إذا عسر الرجل لخدمة امرأته طلقت عليه .

في العنين والمجنون والأجذم وتأجيلهم

وقضى عمر وابن مسعود رضي الله عنهما في الرجل يبنى بامرأته فلا يستطيع أن يمسها ، أن يضرب له أجل سنة من يوم ترافعه ، فإذا مضت سنة ولم يصبها اعتدت وكانت طلقة بائنة ،وقاله سعيد بن المسيب وابن يسار .

قال عمر : وكذلك المجنون يضرب له أجل سنة يتداوى فيها ، فإن برأ وإلا فرق بينهما .

قال مالك : والعنين الذى يؤجل هو المعترض عن امرأته ، وإن أصاب غيرها من حرة أو أمة يضرب له السلطان أجل سنة من يوم ترافعه ، فإن لم يصبها في الأجل فإما رضيت بالمقام معه وإلا فرق بينهما بتطليقة واعتدت ، لأن العدة حق الله لأنه قد خلا بها ، ولو كان في ذلك ولد للحقَ به إلا أن ينفيه بلعان ولا رجعة له ، لأنه قبل الدخول ولها الصداق لطول المدة .

قال مالك : وقال ناس : لها نصفه ، وإنما أرى لها نصفه إذا طلقها هو بقرب البناء .

قال عبد الوهاب : وفي تكميل الصداق روايتان :

إحداهما : أنه يكمل .

والأخرى : أنه إن طال مقامه معها وتلذذ بها ،الحمل لها ، وإن كان بحدثان دخوله لزمه نصفه .

فوجه الإطلاق فلأنها فعلت ما يلزمها من التمكين ، فعجزه عن استيفاء حقه لا يسقط ما وجب لها .

ووجه التفضيل : أنه دخل على [ق/ ٩١ / ٣ أ] أنه يستمتع بالوطء فلا يجوز أن يكمل عليه الصداق من غير استيفائه ذلك .

وأما إن طالت إقامته وتلذذه فقد استمتع ، فأشبه التسليم إذا وطئ فيه بقرب البناء .

قال الشيخ : قال ابن الماجشون وغيره : وإنما الذى لا يؤجل ويطلق عليه مكانه مثل المجبوب ، والعنين غير المعترض ، فلا صداق لها ، لأن الفراق من قبلها ، وهذا إذا كان بقرب البناء .

وقال **ابن حبيب** : حال العنين والحصور والمعترض يختلف ، فالعنين الذى لا ينتشر ذكره كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط .

والحصور الذى يخلق بغير ذكر ، أو بذكر صغير كالزر وشبهه لا يمكنه به وطء، فهذان إن أقرا بحالهما فطلبت الزوجة الفراق فرق بينهما بطلقة ، وكذلك المجبوب.

ولا تأجيل فيهم ، وإنما يؤجل المعترض ، فيؤجل سنة من يوم توافعه إذا أقر بالاعتراض ، فإذا تمت السنة ولم ينطلق من اعتراضه ، وطلبت زوجته الفراق ، طلق عليه السلطان طلقة بائنة.

قال عبد الوهاب : العنين الذى له ذكر شديد الصغر لا يمكنه الجماع بمثله .

والمعترض هو الذى لا يقدر على الوطء لعلة به ، وهو بصفة من يمكنه الوطء .

قال : ويضرب للمعترض أجل سنة للحد من يوم ترافعه [ق/ ٦٣ / ٣ ب] وللعبد ستة أشهر ، وقيل : سنة .

فإن أصاب في الأجل وإلا طلق عليه السلطان .

وإنما قلنا : يضرب للمعترض الحر أجل سنة لاجتماع الصحابة على ذلك .

روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وغيرهم ، ولا مخالف لهم ، ولأن الاعتراض مرض يرجى برؤه ، فضرب له السنة لرجاء علاج ، إذ قد يكون مرضًا يؤثر فيه الزمان ، والسنة تجمع الفصول الأربعة ، فلعله بالانتقال من زمان إلى زمان يزول عنه ، ولأنها قد جعلت حدًا في النكاح وغيره لاختيار أمور ، منها : طول إقامة البكر عند الزوج وعهدة الرقيق في الأدواء وغير ذلك .

وأما العبد فوجه القول بأنه سنة اعتبارًا بالحر ، ولأن الغرض اختياره بتأثير الأزمنة في مرضه ، وذلك يستوى فيه الحر والعبد .

ووجه القول بأنه ستة أشهر لقربه من الفراق ، كأجل الإيلاء .

وإنما قلنا : إن الأجل من يوم ترافعه بخلاف المولى بنفس الإيلاء ، لأن المولى لا عذر له في أن يستأنف له الأجل ، لأنه قادر على رفع الإيلاء ، فهو في تماريه عليه مضار ، والمعترض لا يقدر على دفع اعتراضه ، وهو معذور بترك العلاج ، لأنه يقول : لم أعلم أنها ترافعنى فكنت أقدم الاجتهاد في العلاج .

قال : ولا يحكم بالعنة بدعواها إذا أنكر خلافًا لأحمد بن حنبل ، لأن الأجل على السلامة والدعوتان إذا تقابلا وإحداهما ترفع العقد أو تثبت خيارًا فيه ، فالقول قول مدعى الصحة والاستقرار منهما ، كدعوى عيب بالمبيع .

وكذلك إذا قال : جامعتها في الأجل وأنكرت ، فالقول قوله مع يمينه إن كانت

ثيبًا ، خلافًا للأوزاعى لأنها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر ، ولأن ذلك موكول إلى أمانته إذ لا يقدر على الإشهاد على وطئه ، كما أن القول قولها في تداعيها المسيس .

وأما البكر ففيها روايتان :

إحداهما: أنها كالثيب .

والأخرى : أن ينظر إليها النساء فإن قلن : بها أثر إصابة ، فالقول قوله ، وإن قلن : إنها على النكاح صدقت عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي .

فوجه الأول : أنها كالثيب لأن ادعاء المعترض الوطء في الأجل موكول إلى أمانته كالثيب .

ووجه الأخرى : أنا إذا أجله فطريقان يوصل إلى العلم يقينًا بذلك ، فهو أولى من الرجوع إلى ما فيه وما لا يعلم صدقه فيه .

ومن « المدونة » : وإذا قال المعترض في الأجل : جامعتها ، وأكذبته فقد نزلت بالمدينة فتوقف فيهما مالك ، وأفتى غيره بالمدينة أن تجعل في قبلها الصفرة .

وقال ناس : يجعل النساء معها .

قال ابن القاسم : إلا أنى رأيت وجه قول مالك أن يدين الزوج في ذلك ويحلف، وسمعته منه غير مرة وهو رأى ، فإن نكل حلفت المرأة وفرق بينهما ، فإن نكلت بقيت له زوجة.

فصل

قال مالك : ومن تزوج امرأة فوطئها مرة واحدة في ذلك النكاح ، ثم اعترض عنها ، أو حدث له ما يمنعه الوطء من علة أو زمانة فلا حجة لها ، وقد تقدم في كتاب النكاح الأول ذكر امرأة الخصى والمجبوب والعنين تعلم به فتتركه ، ثم ترافعه .

قال : فلا كلام لامرأة الخصى والمجبوب .

قال : فأما امرأة العنين ، فلها أن ترافعه، ويؤجل سنة لأنها تقول : تركته لرجاء علاج أو غيره ، إلا أن يتزوج بها وهي تعلم أنه لا يأتى النساء رأسًا ، فلا كلام لها.

قال في الثاني : ويجوز ضرب ولاة الحياة وصاحب الشرط الأجل للعنين

والمفقود ، ومن تزوج امرأة فوصل إليها مرة طلقها ثم نكحها ثانية فاعترض عنها ، فلها مرافعته وضرب الأجل .

قال عبد الوهاب : ولو طلق عليه أولاً بالاعتراض ثم تزوجته بعد ذلك عالمة بعيبه ، فلها أن ترافعه ويضرب له الأجل ثانية ، بخلاف الخصى والمجبوب ، لأن الاعتراض مرض يرجى زواله ، فإذا تزوجته تقول : رجوت أن يكون قد زال مرضه عنه ، فلم يوجب ذلك رضاها به لا محالة .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : وإذا حدث بالزوج جنون بعد النكاح ، عزل عنها وأجل سنة لعلاجه ، فإن صح وإلا فرق بينهما ، وقضى به عمر رضي الله عنه.

قال ربيعة : إن كان يؤذيها ولا يعفيها من نفسه لم توقف عليه ، ولم تحسن عنده ، وإن كان يعفيها ولا يرهقها بسوء صحبة ، لم يجز طلاقه إياها .

قال مالك : والمجذوم البين جذامه يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قيل لـ**ابن القاسم** : فهل يضرب له أجل سنة للعلاج مثل المجنون ؟

فقال : إن كان ممن يرجى برؤه ، وقدر على العلاج فليضرب له الأجل .

ابن المواز : **قال مالك** : وإذا اختارت الزوجة فراق الزوج لما حدث به بعد العقد من جنون أو جذام ، فلا صداق لها إذا فرق بينهما قبل البناء .

في اختلاف الزوجين في متاع البيت

قال تعالى : ﴿ **خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ** ﴾(١) ، فالعرف أصل يقضى به .

قال مالك : وإذا اختلف الزوج والمرأة في متاع البيت ، وقد طلقها أو لم يطلقها أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف الورثة ، فإن لم تقم بينة قضى للمرأة بما يعرف أنه للنساء .

قال **ابن حبيب** : [ق/ ٦٤ / ٣ ب] مع يمينها .

قال مالك : ويقضى للرجل بما يعرف أنه للرجال أو للرجال والنساء ، لأن البيت بيته .

---

(١) سورة الأعراف (١٩٩) .

ابن حبيب : مع يمينه .

وقال سحنون : بغير يمين فيما يعرف لأحدهما ، وما كان يعرف لهما فهو للزوج مع يمينه .

قال مالك : فإن نكل حلفت المرأة وكان لها .

وقال المغيرة : ما كان يعرف بالرجل ويعرف بالمرأة فهو بينهما بعد أيمانهما ، وقاله **ابن القاسم** .

ومن « المدونة » قال مالك : وما ولى الرجل شراءه من متاع النساء وأقام بذلك [ق/ ٩٢ / ٣ أ] بينة أخذه بيمينه أنه ما اشتراه إلا لنفسه إلا أن يكون لها أو لورثتها بينة أنه اشتراه لها .

قال مالك : ما كان في البيت من متاع الرجل فأقامت المرأة فيه بينة أنها اشترته، فهو لها .

يريد : مع يمينها أنها اشترته لنفسها وورثتها في اليمين والبينة بمنزلتها ، إلا أنهم إنما يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون بأن الزوج اشترى هذا المتاع الذى يدعى من متاع النساء ولو كانت المرأة حية حلفت على البتات ، وورثت الرجل بهذه المنزلة .

قال : والمتاع الذى يعرف هاهنا مثل الطست والتور والمنارة والسبط والقباب والحجال والوسائد والمرافق والأسرة والفرش .

قال ابن القاسم : وجميع الحلى لا شيء للرجل فيه ، إلا السيف والمنطقة والخاتم ، ويريد : الفضة ، وللرجل جميع الرقيق ذكرانًا وإناثًا ، لأن الذكور مما يكون للرجال والإناث مما يكون للرجال والنساء ، فالرجل أولى بهما إلا أن يكون للمرأة فيهم حيازة تعرف ، فيكونون لها .

قيل لـ**ابن القاسم** : فالخيول والإبل والماعز والبقر والغنم والدواب ؟

قال : هذا مما لم يتكلم الناس فيه ، لأن هذا ليس من متاع البيت ، وإنما هو لمن حازه ، وكذلك ما كان في المرعى أو ما كان في المرابط من خيل أو بغال أو حمير ، فهى لمن حازها ، ولا أبالى في هذا الاختلاف كانت رقبة الدار لهما أو لغيرهما ، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل .

قال في « الواضحة » : والخصى كالدار .

ابن القاسم : وكذلك إن كان الزوجان عبدين ، أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر ، وكان الزوج مسلمًا وهي كافرة ، فاختلف في متاع البيت وهما زوجان، أو عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق بإيلاء أو غيره ، فهما في ذلك كالحيز فيما وصفنا .

ومن « المختصر » : عن مالك : وما نسجته هي من الصوف ، والصوف من عنده ، فهو بينهما ،لها بقدر قيمة العمل وله بقدر قيمة العمل ، وله بقدر قيمة صوفه .

في القسم بين الزوجين

قال تعالى : ﴿ **وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ**﴾[1] الآية .

قال عبد الوهاب : فيلزم الزوج العدل بين نسائه في القسم في الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميل ولا جوز ، لقوله تعالى : ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[2] وقوله عليه السلام : « من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل »[3] .

ومن « المدونة » قال مالك : فالقسم بين الزوجات يوم بيوم لا أكثر ، ويعدل في المبيت .

قال ابن القاسم : ولم يبلغنا عن رسول الله ﷺ ولا عن أحد من أصحابه أنه قسم إلا يومًا بيوم ،وقد كان عمر بن عبد العزيز ربما غضب بعض نسائه فيأتيها في نومها فينام في حجرتها ، فلو كان يجوز أن يقسم يومين بيومين أو أكثر لأقام عند التي هو راض عنها ، فإذا رضى عن الأخرى أوفاها إياها .

قال مالك : وإن نكح بكرًا أو ثيبًا أقام عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثًا .

قال ابن القاسم : وذلك حق لهما دون نسائه ثم يأتنف القسم ، وليس ذلك بيد الزوج .

---

(١) سورة النساء (١٢٩) .

(٢) سورة النساء (١٩) .

(٣) تقدم.

وذكر أشهب عن مالك : أن ذلك بيد الزوج .

قال عبد الوهاب : فوجه القول بأنه حق لهما عليه ما روى أنه عليه السلام جعل للبكر سبعًا وللثيب ثلاثاً ، ولأن الفرض تأنيسها وبسطها وذهاب انقباضها ، وهذا أحق لهما .

ووجه القول بأنه حق له أنه معنى يعود إلى الالتذاذ ، فكان حقًا له غير مستحق عليه كعدم الوطء .

ومن « المدونة » : روى سحنون وغيره أن النبي عليه السلام لما تزوج أم سلمة بنت أبى أمية أقام عندها ثلاثًا ثم أراد أن يدور فأخذت بثوبه، فقال : ما شئت إن شئت ردتك ثم قاصمتك بعد اليوم ثم قال عليه السلام : « ثلاث للثيب وسبع للبكر».

ابن وهب : عن رجال من أهل العلم : قالوا : هي السنة .

قال مالك : في كتاب ابن المواز : ومن تزوج امرأة وعنده امرأة غيرها ، فليقم عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثًا .

قال مالك : وهو حق لازم لهما وليس بيد الزوج .

وقال أيضًا : ليس بلازم .

قال أصبغ : **قال أشهب** : هو حق لها ، لا يقضى لها به .

قال أصبغ : كالمتعة .

وقال محمد بن عبد الحكم : يقضى به .

ابن المواز : وليبدأ القاسم بالتى أقام عندها بعد الثلاث أو السبع إن شاء ، وإن شاء بغيرها ، ويبدأ بغيرها أحب إلينا .

وقاله مالك في القادم بإحداهن من السفر .

وقال **ابن حبيب** : إنما يقيم عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثًا إن كان له غيرها ، ثم هو في ذلك يتصرف في حوائجه وإلى المسجد وغيره ، وإن لم يكن عنده غيرها فليس عليه أن يقيم عندها ، بكرًا كانت أو ثيبًا .

ومن « العتبية » : **ابن القاسم** عن مالك : ولا يتخلف العروس عن الجمعة

[ق/ ٦٥ / ٣ ب] ولا عن حضور الصلوات في الجماعة .

قال سحنون : وقد قال بعض الناس : لا يخرج ، وذلك حق لها بالسنة .

قال بعض فقهائنا : لعله يريد لا يخرج لصلاة الجماعة ، وأما الجمعة فلا يدعها، لأنه فرض عليه فلا يدعها في هذا القول .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو، سافر يأتيهن شاء بغير قرعة إذا كان على غير ضرورة ولا ميل .

فإن كانت القرعة ففي الغزو ، ولما روى أن النبي عليه السلام فعله فيه ، فإذا قدم ابتدأ القسم .

وقال عبد الوهاب : إذا أراد سفرًا وفيهن من لا يصلح للسفر وفيهن من يصلح له لرفقها به وامتثالها لأمره ، كان له السفر بها وعدوله عن الأخرى .

وإن تساوين أو تقاربن ، فإن كان سفر حج أو غزو وأقرع وبينهن فسافر بمن خرج لها السهم ثم لا يلزمه قضاء من لم يسافر بها بعد رجوعه بل يستأنف القسم .

وفي سفر التجارة روايتان :

إحداهما : القرعة .

والأخرى : الخيار له ، وإنما يقرع لهن في الحج والغزو لأن الرسول عليه السلام فعله فيهما ، والقرعة اتباع .

ووجه التسوية في سائر الأسفار اعتبارًا بسفر الحج والغزو وتساويهما في الحاجة والرفق .

قال الشيخ : ووجه التفرقة : لأن القرعة رخصة فلا يعدى بها بابها .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ولو سافرت إحداهن لحج أو لضيعتها وأقام الزوج مع صاحبتها ، ثم قدمت فطلبت أن تقسم لها عدد الأيام التى أقام مع صاحبتها ، فلا شيء لها .

وإن تعمد المقام عند واحدة شهرًا حيفًا ، لم يحاسب به وهي عادة عن ذلك وابتدأ العدل وإن عاد نُكِّل ، لأن مالكًا قال : العبد المعتق بعضه يأبق ، أنه لا يقاص بما أبق فيه ، وإنما يستقبل الخدمة بينه وبين سيده من يومئذ .

قال ابن القاسم : وهذا كان أحرى أن يؤخذ منه تلك الأيام التى أبق فيها ، لأنه حق للسيد .

قيل له : فلم أسقط مالك ذلك عن العبد ؟

قيل له :**قال مالك** : هو إذا عبد كلف .

ومن كتاب محمد : **قال مالك** : ولا بأس إذا أتى منزل امرأته فطردته وأغلقت الباب دونه أن يذهب إلى الأخرى ، وإن قدر أن يبيت في حجرتها أو في بيتها فليفعل .

قال : وليس له أن يجمع بينهما في بيت إلا برضاها ، ولا يجوز أن يجمعها على فراش واحد وإن رضيا ، وكرهه في الإماء أو يتعروا كبغير ثياب ، وكره أن يطأ امرأته أو أمته ومعه في البيت من يسمع ذلك .

ابن حبيب : عن ابن الماجشون : لا ينبغى أن يكون معه في البيت أحد نائمًا وغير نائم ، صغيرًا أو كبيرًا .

وكان ابن عمر يخرج الصبى في المهد ، وكره في بعض الأخبار أن تكون معه البهيمة .

وقال وله في أمتيه أن ينام معهما في فراش واحد ، ولكن لا يطأ إحداهما والأخرى معه في بيت ، ولا بأس أن يتوضأ أو يشرب من ماء إحدى زوجتيه في غير يومها ويأكل من طعام تبعثه إليه من غير تعمد ميل ، ويقف ببابها غير أن يدخل عندها أو يجلس .

قال مالك في كتاب محمد : ولا يأتى الواحدة في يوم الأخرى إلا في حاجة أو عبادة ، وله أن يجعل بقائه عند إحداهما ما لم يرد ميلاً ولا ضررًا .

مالك : ولا ينبغى أن يقيم هو في بيت له وتأتيه فيه كل واحدة ، وليأتهن في بيوتهن كما فعل النبي ﷺ ، إلا أن يرضين بذلك .

قال محمد بن عبد الحكم : ويقضى عليه بذلك ، وأن يسكن كل واحد في بيت.

قال **ابن حبيب** : وإذا رجع نهارًا من سفره فله أن يتعمد ببقية يومه أيتهما شاء ، وليس عليه أن ينزل عند التى خرج من عندها إلا أن يشاء ، ولا يحسب ذلك ويأتنف

القسم إذا أمسى ، وأحب إليّ أن ينزل عند التى خرج من عندها ليوفيها بقية يومها ، وما ذلك عليه بواجب ، قاله مالك وأصحابه .

وإن كان لواحدة شباب أو غنى أو ذات شرف فأراد إيثارها ، فأما في المبيت وما يصلح لكل واحدة من نفقة مثلها بقدر حالها فليعدل ، ثم له أن يؤثر الأخرى بعد ذلك باليسير من غير ميل ، ويكسوها الخز والحلى ما لم يكن ميلاً .

وكذلك إن كانت واحدة ألطف به من الأخرى في إتحافه بظرائف الطعام والطيب فيؤثرها ، فأرجو أن لا بأس به والمساواة أحب إلينا .

وقيل : إن معاذ بن جبل كان له امرأتان فلم يكن يشرب الماء من عند واحدة في يوم الأخرى ، وأنهما ماتتا معًا ، فأقرع بينهما أيهما تدفن أولاً .

قال مالك في « العتبية » : له أن يكسو إحداهما الخز والحرير والحلى دون الأخرى ما لم يكن ميلاً .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن كره زوجته وأراد فراقها ، فقالت له : لا تفارقنى واجعل أيامى كلها لصاحبتى أو للتى تتزوج عليّ ، فلا بأس بذلك ولا يقسم لها .

ابن القاسم : فإن رجعت عن هذا أو طلبت القسم فذلك لها متى شاءت ، ويخير الزوج فإما قسم لها أو فارق ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحًا ﴾ .

مالك : ولو شرط في عقد النكاح أن يؤثر عليها ، أو لا مبيت لها ، فلا خير فيه وإنما يجوز هذا الشرط بعد العقد .

ابن القاسم : ويفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ويبطل الشرط ، ويكون لها ليلتها ، وليس عليه المساواة في الجماع ولا بالقلب ، ولا حرج عليه أن ينشط للجماع [ق/ ٦٦/ ٣ ب] في يوم هذه دون يوم الأخرى إلا أن يفعل ذلك لضر ، وأن يكف عن هذه لوجود لذته في الأخرى ، فلا يحل له ذلك .

ومن « المدونة » : قال : ومن سرد العبادة ، وترك الوطء لم ينه عن بتله وقيل له : إما وطئت أو فارقت ، إن خاصمته .

وكذلك إن ترك الجماع لغير ضرورة ولا علة ، إلا أن ترضى المرأة بالمقام معه

على ذلك .

فصل

وقسم الحر بين نسائه المسلمات والكتابيات سواء ، والقسم بين صغيرة جومعت أو كبيرة صحيحة أو مجنونة أو بإحداهن رتق أو داء أو مرض لاتجامع معه أو حيض، سواء لكل واحدة منهن يومها وليلتها .

مالك : ويقسم المريض بين نسائه إن كان مرضًا يقدر أن يدور عليهن فيه فإن لم يقدر أقام عند أيتهن شاء لإفاقته فإن لم يكن حيفًا ، فإذا صح ابتدأ القسم وليس لأم الولد مع حرة قسم ، وجائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يظلم .

والمجبوب ومن لا يقدر على الجماع يقسم بين نسائه بالعدل إذ له أن يتزوج .

قال مالك في النكاح الأول : فإن كان حر له أمة وحرة ، إن ساوى بينهما في القسم كسائر كحقوق الزوجة.

ورأى ابن المسيب : أن للحرة الثلثين وللأمة الثلث .

قال الشيخ : فوجه ذلك لحرمة الحرة ، ولأن ديتها مثلا دية الأمة ، وعدتها في الموت مثلا عدتها ، وكذلك حدودها ، فكذلك في القسم .

تم كتاب النكاح الثاني بحمد الله وحسن عونه ، والصلاة على محمد وعلى آله وسلم تسليمًا كثيراً .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح الثالث

فيمن تزوج امرأتين أو أمًا وابنتها في عقدة أو عقدتين

قال ابن القاسم : ولا بأس أن يتزوج الرجل امرأتين في عقدة واحد إذا سمى لكل واحدة صداقها ، فإن أجملهما في صداق واحد لم يعجبنى ذلك ، وقد بلغنى أن مالكًا كرهه ، لأنه لا يدرى ما صداق هذه من صداق هذه .

قيل : فإن طلق إحداهما أو مات عنها قبل البناء كم يكون صداقها أيقسم المهر الذى سمى بينهما ؟ أيقسم بينهما على قدر مهورهما ؟

قال : نكاحهما غير جائز .

قال أبو محمد وغيره : لا شيء لها قبل البناء عنده .

وقال سحنون : هذا جائز ، وإن لم يسم لكل واحدة صداقها ، وكذلك جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

قال ابن دينار : ويقسمان بما سمى لهما بقدر صداق مثل كل واحدة .

قال الشيخ : وهذا أصوب ، وكذلك لو دخل بهما على هذا القول وعلى ظاهر قول **ابن القاسم** يكون لكل واحدة صداق مثلها ويثبت النكاح .

وقد اختلف قوله في هذا في البيع ، فكذلك يجرى في النكاح .

قال الشيخ : ويحتمل على قياس قوله فيمن نكح بدرهمين فطلق قبل البناء أن يكون لها نصف الدرهمين أن يكون لها في هذا القول نصف ما يخصها من هذا المسمى لها ، لأنه إذا كان يراعى قول من يجيزه بالدرهمين فمراعته قول نفسه وقول غيره أولى .

فإن قيل : إن ما يخصها في هذا المسمى مجهول فهو كالنكاح بالغرر ، والدرهمان لا غرر فيهما ، وهو لو أتم لها ثلاثة دراهم لثبت نكاحه.

قيل له : على القول الذى يجيز فلا يراه غررًا ، ولا يكون أسوأ حالاً من نكاح التفويض الذى يقضى فيه بصداق المثل ، وذلك لا يعلم إلا بعد النظر فيه ، فكذلك

قسمة هذا المسمى على مثل صداق كل واحدة منهما ، وأيضًا فهو وأصحابه لا يجيز نكاحها بدرهمين على حال ، وهو في أحد قوليه يجيز ابتداء النكاح في جميعهما في صداق واحد ، وقاله غيره من أصحابه ، فمراعاة هذا القول أولى .

قال الشيخ : ويجوز أن يتزوج امرأتين إحداهما بصداق مسمى والأخرى على تفويض ، وذلك في عقد واحد لأنهما صداقان يجوزان في الانفراد ، فكذلك يجوزان في الاجتماع ، وكذلك لو جمعهما جميعًا في عقد واحد على تفويض فإنه جائز ، وقاله أبو عمران .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : وإن نكح حرة وأمة في عقدة وسمى صداق كل واحدة .

ف**قال مالك** : يفسخ نكاح الأمة ويثبت نكاح الحرة ، ثم رجع فقال : إن علمت الحرة بالأمة فنكاحها ونكاح الأمة ثابت ، ولا خيار لها ، وإن لم تعلم خيرت بين أن تقيم أو تفارق .

قال سحنون : وقد بينا هذا الأصل في الكتاب الأول .

قال سحنون : إذا كان واحدًا للطول فسخا جميعًا ، وكذلك لو تزوج امرأة في عدتها وأخرى في غير عدتها في عقدة واحدة لفسد النكاحان جميعًا ، كصفقة جمعت حلالا وحرامًا .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : ليس ذلك كصفقة جمعت حلالا وحرامًا ، لأن فسخ نكاح الأمة لم يتفق الناس عليه ، ومالك قد اختلف قوله فيه إذ قال بعض الناس : إن الآية منسوخة فلم يبلغ الأمر في ذلك إلى صفقة جمعت حلالا وحرامًا .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : ومن نكح امرأة وابنتها في عقده وسمى لكل واحدة صداقها ، ثم تبين أن الأم لها زوج ، فسخ نكاحها ولم يثبت نكاح الابنة، لأن من قول مالك : إن كل صفقة جمعت حلالاً وحرامًا فلا يجوز ذلك [ق/ ٦٧ / ٣ ب] عنده في البيوع .

قال مالك : وأشبه شيء بالبيوع النكاح .

قال ابن القاسم : وكذلك إن لم يكن للأم زوج ، ولم يدخل بواحدة منهما فلابد من فسخه ، وليس له حبس إحداهما وفراق الأخرى ، ثم ينكح بعد ذلك من

أحب منهما ، إن شاء الأم أو البنت .

وقيل : لا يتزوج الأم للشبهة التى في البنت .

قال مالك : وإن كان قد بنى بها قبل الفسخ حرمتا عليه للأبد ، ولو بنى بواحدة منهما فسخا ، وخطب التى بنى بها بعد الاستبراء . أمًا كانت أو بنتًا ، ولم يحل له نكاح الأخرى أبدًا .

ومن « المدونة » : ومن تزوج امرأة فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها وهو لا يعلم فدخل بالابنة ، فارقهما جميعًا .

قال مالك : ولا صداق للأم ويتزوج الابنة إن شاء بعد ثلاث حيض أو وضع حمل ، وتحرم عليه الأم أبدًا لأنها صارت من أمهات نسائه .

وإن كان نكاح البنت حرامًا ، فالحرمة تقع فيه كما يثبت فيه النسب والصداق ، ويرفع الحد ، وإن نكح الأم أحد وهو لا يعلم ، فبنى بالأم أو بهما فارقهما وحرمتا عليه للأبد ، لأن الأم قد دخل بها فصارت الربيبة محرمة والأم هي من أمهات نسائه، فلا تحلان له أبدًا .

وروى **ابن وهب** أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح أختها أبدًا ، وأيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح ابنتها ، إن لم يدخل بها فلينكحها » [(١)] .

وقاله زيد بن ثابت .

قال : لأن الأم ميهمة لا شرط فيها وإنما الشرط في الربائب يريد قول الله تعالى في آية التحريم بعد قوله : ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ** ﴾[(٢)] ثم قال في الآية : **﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾**[(٣)] .

---

(١) تقدم.

(٢) سورة النساء (٢٣) .

(٣) سورة النساء (٢٣) .

قال ابن القاسم : وإذا نكح الأم بعد البنت فدخل بالأم فسخنا النكاح ، فلا صداق للابنة إن لم يبن بها ، وإن كانت الفرقة والتحريم من قبل الزوج ، لأنه لم يتعمده ، وصار نكاح الابنة لا يقر على حال ، فلما فسخ قبل البناء لم يكن لها مهر لا نصف ولا غيره .

قال مالك في ثمانية أبي زيد : إذا نكح الأم بعد البنت أو البنت بعد الأم فوطئ الثانية وحدها فسخ نكاحها بغير طلاق ، وكان للأولى نصف الصداق .

وقال عبد الملك وغيره : ما كان من فسخ غالب قبل البناء فلا صداق فيه .

قال الشيخ : وحكى عن أبي عمران أنه قال : ولو تزوج الأم بعد البنت عامدًا عالمًا بتحريم ذلك ودخل بها كان عليه نصف صداق البنت ، لأنه كأنه قصد طلاقها ، وهذا على قوله : إن الزنا يحرم الحلال .

وكذلك على قوله : إن الزنا لا يحرم الحلال إذا فارق البنت تورعًا يكون أيضًا عليه نصف الصداق ، لأنه نكاح يقر عليه وكذلك من زنا بحماتها قبل الدخول بابنتها ففرق بينه وبين البنت بالغلبة يكون عليه نصف الصداق .

وأما على قول عبد الملك وغيره : فلا صداق لها لأنه فسخ غالب قبل البناء .

وقد نص ابن المواز: أنه لا يفسخ في الزنا بالجبر ، وقاله بعض شيوخنا القرويين أنه إنما يؤمر بذلك ولا يجبر عليه ، فإذا تورع وفارق لزمه نصف الصداق على القولين جميعًا خلاف ما قاله أبو عمران .

قال الشيخ : واختلف فيمن مرَّ بيده على فخذ ابنته وظن أنهما زوجته قاصدًا اللذة ، أو وطئها بالليل غلطًا ، فقال جماعة من فقهاء القرويين وأئمتهم : إنهما تحرم عليه زوجته .

وقال سحنون والليث وغيره : لا تحرم عليه .

ومن « المدونة » قال مالك : وإن لم يبن بالثانية يثبت على نكاح الأولى أمًا كانت أو ابنة ، دخل بها أم لا ، ويفسخ نكاح الثانية .

قال : وإن تزوج الأم ودخل بها ثم تزوج الابنة ودخل بها حرمتا عليه جميعًا ، ومحمل الجدات في التحريم محمل الأمهات ، ومحمل بنات البنات وبنات الأبناء محمل البنات .

فصل

ومن وطئ امرأة أو قبل أو باشر أو نظر للذة بملك أو نكاح صحيح أو فاسد أو حرام شبهة أو في عدة ، فإنها تحرم على آبائه وأبنائه ، وتحرم عليه ابنتها بنكاح أو ملك .

وإن تزوجها في عدة فلم يبن بها حتى تزوج أمها أو أختها أقام على نكاح الثانية، لأن نكاح المعتدة غير منعقد ، وهي تحل لآبائه وأبنائه ما لم يتلذذ منهما بشيء.

وروى **ابن وهب** أن النبي عليه السلام قال في الذى يتزوج المرأة فيغمرها ولا يزيد على ذلك : « لا تتزوج ابنتها » (١) ، وقال ابن مسعود : إذا قبلها أو جلس بين فخذيها فلا يتزوج ابنتها .

في المحرمات من النساء ومن وطئ امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح وما تجب به الحرمة

قال الله تعالى : ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ** ﴾ إلى قوله : ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾ (٢) ، وقال تعالى قبل ذلك : ﴿ **وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ** ﴾ (٣) [ق/ ٦٨ / ٣ ب] إلا ما قد سلف ، وقوله تعالى : ﴿ **وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ** ﴾(٤) ، لم يعن به دون أبناء الرضاع ، لكن دون من يدعى

---

(١) تقدم.

(٢) سورة النساء (٢٣) .

(٣) سورة النساء (٢٢) .

(٤) سورة النساء (٢٣) .

ابنًا بالتبنى ، لأن النبي عليه السلام قد كان تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زوجته زينب بنت جحش ، فأنزل الله فيهما ، وأمر أن يدعو لآبائهم فحرم الله تعالى من النسب سبعًا ومن الصهر والرضاع سبعًا ، وحرم الرسول عليه السلام من ذلك بالرضاع ما يحرم من النسب ، فهؤلاء محرمات على التأبيد ، إلا الجمع بين الأختين فإنما هو تحريم في حال جمعهما ، وحرم غير هؤلاء في حال دون حال فمن ذلك نكاح الخامسة ، وحرم المحصنات من النساء ، يقول : ذوات الأزواج ، ﴿ **إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾ يقول : بالسبى ولهن أزواج بدار الحرب .

قال **ابن حبيب** : أو سبين معهم ، وحرم نكاح المشركات حتى يؤمن فهن محرمات بنكاح أو ملك ، وحرم نكاح المعتدة حتى تنقضى عدتها ، والمبتوتة على الذى أبتها حتى تنكح زوجًا غيره ، ونهى النبي عليه السلام عن نكاح المتعة ونكاح المحرم ونكاح المحلل ونكاح الشغار ، وقد مضى تفسيرنا فيه في موضعه إن شاء الله تعالى .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ومن تزوج امرأة بنكاح صحيح أو في إجازته اختلاف، حرمت بالعقد دون الوطء على آبائه وإن تعدوا ، وأبنائه وإن سفلوا بنسب أو رضاع ، وحرمت عليه أمهاتها ولا تحرم عليه ابنتها بالعقد على الأم دون الوطء أو الالتذاذ .

وأما إن تزوج ذات محرم أو رضاع أو معتدة لم تحرم بالعقد فقط على آبائه ولا أبنائه ، ولا تحرم عليه أمها .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ومن زنى بأم زوجته أو بابنتها ، فليفارق زوجته ولا يقيم عليها .

وقال في « الموطأ » : لا اختلاف بينهم فيه وهو الأمر عندهم فيه ، وقاله عدد من الصحابة والتابعين .

قيل لـ**ابن القاسم** : فإن تزوج أم امرأته وهو يعلم أنها أمها ، أتحرم عليه زوجته؟

قال : قد أخبرتك أن مالكًا كره أن يقيم عليها بعد الزنا بأمها ، فنكاحه لأمها

وزناه بهـا في هذا سواء ، إلا أن يعـذر بجـهالة في تزويـجه ، ولا يحـد ويلحق به الولد، ويكون هذا آكد في التحريم من الزنا للحوق النسب وزوال الحد .

يريد : وإذا لم يعذر بجهل في نكـاحه لزمه الحد وفارق زوجتـه على أحد قولى مالك ، وإذا عذر بالجهالة لم يحد ولزمه فراقها بلا اختلاف من قول مالك .

قال : ومن زنا بـامرأة أو تلذذ منها حـرامًا ، فـلا أحب له أن يتزوج أمـها ولا ابنتهـا، ولا أحب لابنه ولا لأبيه أن يتزوجهـا أبدًا ، وإن كانت في عصمـة أحدهما فليفارقها .

يريد على أحد قولى مـالك ، ولا بأس أن يتزوجها هو نفسه بعـد الاستبراء من مائه الفاسد .

قال الشيخ : وقوله تعالى : ﴿ **وَالزَّانِيَةُ لا يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ** ﴾ إلى قوله : ﴿ **وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** ﴾ [١] ، فالنكاح هاهنا الزنا ، أى لا يزنى بها إلا زان أو مشرك ، وروى عن ابن عباس .

وقال ابن المسيب : إنها منسوخة بقوله تعالى : ﴿ **وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ** ﴾[٢] .

قال **ابن حبيب** : ولا يجوز نكاح الزانية المجـاهرة وذات الخدن ، ويستحب لمن تحته امرأة تزنى أن يفارقها ، وإن بلى بحبها فليحبسها .

وروى ذلك عن النبي ﷺ وما علم من ذلك فعليه الاسـتبراء بثلاث حيض وفي مملوكته بحيضة .

وفي كتاب ابن المواز : قال **ابن وهب** عن مالك في المرأة المعلنة بالسوء .

لا أرى للرجل أن يتزوجها ، ولست أراه حرامًا .

في وطء الأختين بنكاح أو ملك والجمع بين النساء

قال الله تعالى : ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾[٣] .

---

(١) سورة النور (٣) .

(٢) سورة النور (٣٢) .

(٣) سورة النساء (٢٣) .

قال **ابن حبيب** : يقول في الجاهلية ، يقول : فإنه مغفور لكم وكان مقر خاصة تحرم من ذلك ما حرم الإسلام إلا امرأة الأب ، والجمع بين الأختين أخذوه من ملة إبراهيم عليه السلام .

قال غيره : وأما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فمحرم بدليل القرآن وبنص السنة ، فدليل القرآن قوله تعالى ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ** ﴾ ، والسنة نهيه عليه السلام أن يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، ولا خلاف في ذلك .

قال ابن بكير : والمعنى الجامع بينهن أن كل امرأتين من ذوات المحارم لو كان موضع إحداهما ذكراً لم تحل له الأخرى لم يجز أن يجمع بينهما ، وهذه علة لا تنكسر البتة ، وإنما جاز الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها لانعدام ذلك ، وذلك أنا إذا جعلنا موضع الابنة ابنًا لم تحل له زوجة أبيه ، وإذا جعلنا موضع الزوجة رجلاً لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبى ، فلهذه العلة أجزنا الجمع بينهما ، وفي الأختين لا ينعدم ذلك من الجهتين .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ومن تزوج أختًا بعد أخت فلم يبن بهما ، أو بنى بإحداهما أو بهما فليثبت على الأولى ويفارق الأخرى فسخًا بغير طلاق ، وكذلك كل من يحرم الجمع بينهن ممن يجوز نكاح إحداهما بعد صاحبتها وللمدخول بها المسمى ، أو المثل إن لم [ق/ ٦٩ / ٣ أ] يسم .

قال أشهب : فإن بنى بها ثم مات ولم تعلم الأولى منهما ، وكلاهما تدعى أنها هي الأولى ، فليحلفها ويكون لكل واحدة صداقها المسمى ، والميراث بينهما نصفين، وعلى كل واحدة عدة الوفاة مع الأجداد ومع ثلاث حيض .

قال الشيخ : فإن حاضت في الأربعة الأشهر وعشر أجزأها ذلك .

ابن حبيب : فإن لم يبن بها فالميراث بينهما لكل واحدة نصف صداقها ، وإن بنى بواحدة معروفة فلها الصداق ونصف الميراث ، وإن نكحها فى عقدة فلا ميراث لها ، ومن بنى بها فلها الصداق ولا صداق للأخرى .

قال أشهب فى كتاب محمد : فيمن نكح أختًا بعد أخت : ولكل واحدة شهود ولم تؤرخ البينة ، ولم تعرف الأولى ، فالزوج مصدق فيمن قال : إنها الأولى ، ويفارق الأخرى بغير صداق ولا طلاق عمد ، وهذا أصوب .

وذكر عنه أنه قال : ولو قال فى أحداهما ما تزوجتها ، قُبِل قوله عمد ، وهذا لا يعجبنى ، فإن لم يذكر الآخرة بعينها فرق بينه وبينها كالقائل جعلت الأولى .

ومن « المدونة » قال مالك : ومن تزوج أخته من الرضاع ففرق بيهما بعد البناء ، فلها المسمى .

قال مالك : وإن نكح أختين فى عقدة ولم يعلم هو ولا هى بذلك فلم يبن بها أو بنى بأحدهما أو بهما ، ثم علم بذلك فليفارقهما وينكح أيتهما شاء بعد إستبرائهما إن مسها ، ولا خيار له فى حبس إحداهما .

قال ابن القاسم : ومن وطء أمة بالملك ثم تزوج أختها ، لم يعجبنى ذلك ، لأن مالكًا قال : لا ينبغى للرجل أن ينكح إلا امرأة يجوز له وطؤها إذا نكحها .

قال ابن القاسم : وهذه عندى لا يستطيع إذا تزوجها أن يطأها ولا يقبلها ولا يباشرها حتى يحرم فرج أختها ، ولا يجوز له أن ينكح إلا فى الموضع الذى يجوز له الوطء فيه ، إلا أنه إذا نكحها لم أفرق بينها وبينه ،وأوقفته عنها حتى يحرم [ق / ٩٦ / ٣ أ] فرج [أيتهما شاء][(١)] .

قال سحنون : وقد قال عبد الرحمن : إن النكاح لا ينعقد ، وهو أحسن قوليه .

وقال أشهب فى كتاب الاستبراء : عقد النكاح تحريم للأمة ، كان يطؤها أم لا .

ابن المواز قاله ابن عبد الحكم : قال : لأنه لو لم يكن وطء الأولى لم يكن مخيرًا فى وطء من شاء ، كما لو اشتراهما وإنما له وطء المتزوجة ، ولو وطأ الأولى لم تحرم

(١) فى أ : ابنتها .

بذلك المتزوجة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن باع أمه وطأها ثم تزوج أختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة ، لم يطأ إلا الزوجة ، وليس عليه أن يحرم فرج جاريته ، والعقد ها هنا فى الزوجة كالوطء فى الملك .

قال عبد الوهاب : أما الجمع بين وطء الأختين بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح فى المنع ، واختلف فيه الصدر الأول ، فذهب قوم إلى جواز الجمع بينهما بملك اليمين ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ **وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾(١) فعمَّ ، لأن وطء الملك أحد نوعى استباحة الفرج فى الشرع فهو كالنكاح ، ولأن الذى له منع ذلك فى النكاح خيفة العداوة والتباغض وقطع الأرحام ، وذلك يستوى فيه النكاح والملك .

ومن « المدونة » قال مالك : ومن اشترى أختين فوطء إحداهما فلا يطأ الأخرى حتى يحرم فرج التى وطأها ، فإن باع التى وطء ثم وطئ الباقية ثم اشترى المبيعة تمادى على وطأ الباقية .

قال ابن القاسم : ولو لم يطأ الباقية حتى اشترى المبيعة .

وطأ أيتهما شاء ، ولو أنه حين وطأ إحداهما وتب على الأخرى فواطأها قبل أن يحرم عليه التى وطأ وقف حتى يحرم أيتهما شاء .

قال فى كتاب الاستبراء : فإن حرم فرج الثانية أقام على وطء الأولى ، وإن حرم فرج الأولى لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه ، وليحرم فرج إحداهما ببيع أو نكاح أو عتق إلى أجل أو بما يحرم عليه .

قال ابن المواز : فإن باعها فلا يطأ الباقية حتى تحرم المبيعة من الاستيراء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن ظاهر منها لم تحل له أختها ، إذ له الكفارة .

وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه أو يتيم فى حجره ، إذ له الاعتصار والانتزاع والبيع من نفسه .

وكذلك إن زوجها تزويجًا لا يقران عليه أو باعها من أجنبى بيعًا فاسدًا إلا أن

---

(١) النساء (٢٣).

يفوت فى البيع الفاسد فتحل له أختها ، وإن باعها وبها عيوب حلت له أختها وهو بيع حتى ترد ، وإن أسرت أو أبقت إباق إياس حلت له أختها .

قال ابن حبيب : ولو أخدمها شهرًا وشبهه لم تحل له أختها ، وإن أخدمها سنين كثيرة أو حياة المخدم فكذلك تحل له أختها ، قاله ابن الماجشون .

ومن كتاب النكاح : قال ابن القاسم : ومن اشترى أختًا بعد أخت فله أن يطأ الأولى أو الآخرة ، وأما من تزوج امرأة فلم يمسها حتى اشترى أختها فليقم على وطء الزوجة ولا يطأ التى اشترى حتى يفارق زوجته ، فإن وطء المشتراة كف عن الزوجة حتى يحرم فرج الأمة ولا يفسد هاهنا النكاح [ق/ ٧٠ / ٣ ب] على حال لصحة عقدة الزوجة .

ابن المواز : قال أشهب : إذا وطئ المشتراة فلا يكف عن وطء زوجته بل يطأها ، لأن فرج أختها حرام بالنكاح فى هذه .

ومن « المدونة » ومن زوج أم ولده ثم اشترى أختها فوطأها ثم رجعت إليه أم الولد أقام على وطء الأمة ثم زوجها وأختها ثم رجعتا إليه جميعًا وطأ أيتهما شاء ، إلا أن يطأ أولتهما رجوعًا ، وما وجب فى أختى النسب وجب مثله فى أختى الرضاع فى هذا ، فكثير من هذا فى كتاب الاستبراء .

فصل

ومن طلق امرأته طلاقًا بائنًا فله تزويج أختها فى عدتها ، وكذلك خامسة فى عدة رابعة مبتوتة .

وإن طلقها طلقة فادعى أنها أقرب بانقضاء العدة ، وذلك فى أمد تنقضى فى مثله العدة فأكذبته ، فلا يصدق فى نكاح الخامسة أو الأخت أو قطع النفقة والسكنى، لأن مالكًا قال : القول فى العدة قول المرأة ، فإن نكح الأخت أو الخامسة فسخ النكاح الثانى ، إلا أن يأتى هو على قولها ببينة أو بأمر يعرف به إنقضاء العدة ، ولا يجمع بين أختين من نسب أو رضاع ولا بين المرأة وبنات أخيها أو بنات أختها أو مع بنات بنيهم الذكور والإناث من نسب أو رضاع ، والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾[1] ولأن المرأة خالة بنت أختها وعمة بنت أخيها .

---

(١) النساء : (٢٣) .

وقد روى ابن وهب عن على بن أبى طالب وأبى هريرة أن النبى عليه السلام : «**نهى عن جمع الرجل بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها** »(١) .

قال ابن شهاب : ولا بينها وبين من لأبيها أو لأمها من عمة أو خالة فى عصمة نكاح ولا فى وطء بملك أو بنكاح ، لأنها تقع من عمة الأب بنت ابن أخيها ، ومن خالته بنت ابن أختها ، وحكم بنت الأخوة ، وإن سفلوا فى الجمع حكم الأخوة .

وقد جعل العلماء وكذلك أصلاً ، وهو أن ينظر إلى المرأتين اللتين يريد الجمع بينهما أن لو كانت إحداهما رجلاً والأخرى امرأة ، فإن حرم تنكاحهما فيحرم الجمع بينهما، وإن حل تناكحهما حل الجمع بينهما ، وهذا فى النسب لا فى الصهر .

ومن « المدونة » : وفى ملك ويجمع بينهن فى الرق ، فإن وطأ إحداهن لما يطأ الأخرى حتى يحرم فرج التى وطأ .

وقال يحيى بن سعيد : لا ينكح الرجل بنت ابن امرأته ولا بنت ابنتها من غيره ولا شيئا من أولادهما وإن بعدن [عنها](٢) .

قال الشيخ : لأن حكم بنت البنت وبنت الابن وإن سفلتا حكم البنت فى التحريم ، فبنت ابن امرأة الرجل وبنت ابنتها كابنتها وبنتها ربيبة ، فكذلك أولئك لهن حكم الربائب ، وهذا بين .

قال ابن حبيب : فى قول مالك : إنه لا يجوز لأبيك نكاح ابنة زوجتك من غيرك كانت زوجتك حينئذ فى عصمتك أم لا .

قال ابن المواز : ويجوز أن ينكح ما نكح أو زوجتك أو ابنها من النسب .

قال الشيخ : لأن أبا زوجتك ليس هو أباك ولا ابنها ابنك ، وليس كل من يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأة يحرم عليك ما نكح ، ألا ترى أن الأخ يحرم عليك إنكاحه أن لو كان امرأة لأنها أخت ولا يحرم عليك ما نكح من النساء ، فكذلك الربيب ، وإنما يقع التحريم فيما نكح الابن والأب خاصة .

ومن « المدونة » قال عمر بن عبد العزيز : لا يجمع بين المرأة وابنتها من ملك اليمين ، فقد نزل فى القرآن النهى ، وإنما استحل ذلك من استحله لقول الله تعالى :

---

(١) أخرجه : البخارى (٤٨٢٠) ، ومسلم (١٤٠٨) .

(٢) سقط من أ .

﴿ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾(١) .

وسئل عنه عثمان رضي الله عنه فقال: لا يحل ذلك ، ونهى عنه على بن أبى طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما .

وقال : إنما أحل الله لك ما سمى لك سواها ولا ما ملكت أيمانكم .

ابن القاسم : ومن وطأ أمة له أو لولده فلم تحمل وامرأته أم لها [ق/ ٩٧ / ٣ أ] حرمت عليه امرأته لأنه ممن لا حد عليه فيها ، وهذا لا اختلاف فيه ، والتى لا حد عليه فيها أشد فى التحريم ممن عليه الحد .

فإن حملت منه الأمة عتقت عليه .

يريد : إن بنى بالأم ، وعليه قيمتها للابن .

وكذلك من ملك من ذوات المحارم فوطأها فحملت منه فإنه لا حد عليه وتعتق عليه ، إذ حرم عليه ما كان له فيها من المتعة وليس له أن يبقيها فى الخدمة .

ومن مختصر « المدونة » لأبى محمد : قال ربيعة ويحيى بن سعيد : ولا بأس أن يجمع بين ابنتى العم أو الخال ، وليس أبوهما واحدًا .

قال مالك : ما أعلمه حرامًا ، وغيره أحسن منه .

وقال يحيى بن سعيد : إنما كره لعلة التقاطع بينهما .

قال ربيعة ومالك : يجمع بين المرأتين بينهما نسب ، يحل لإحداهما أن لو كانت رجلاً نكاح الأخرى ، ولا يجوز إن لم تحل أن يتناكحا ، وأما من قبل الصهر فذلك جائز ، حل لأحدهما أن لو كانت رجلاً تزويج الأخرى أم لا .

قال مالك : ولا بأس أن يجمع بين المرأة وربيبتها ، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين امرأة على [ق / ٧١ / ٣ ب] وبين ابنته من غيرها .

ما يحصن الزوجين ويحل المبتوتة وحكم الردة فى ذلك

وفرض الرسول عليه السلام الحكم بالرجم فيمن أحصن بنكاح من الأحرار البالغين ، وقضى به هو والخلفاء بعده ، وحرم الله تعالى فى كتابه المبتوتة بالثلاث

(١) النساء : (٢٤) .

على الذى أبتها حتى تنكح زوجًا غيره ، وأبان ذلك الرسول عليه السلام بقوله : «**حتى تذوق العسيلة**» [١] على وجوه : إحصان حرية ، والإحصان ، وإحصان عفاف وإحصان إسلام .

وإحصان الحرية ، قوله تعالى : ﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ** ﴾[٢] ، قوله تعالى : ﴿ **وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ** ﴾[٣] وقوله تعالى : ﴿ **فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ** ﴾[٤] أى الحرائر .

وإحصان التزويج قوله تعالى : ﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾[٥] يعنى بالسبى ولها زوج ، وقوله : ﴿ **مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ** ﴾[٦] وإحصان العفاف قوله : ﴿ **وَالَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا** ﴾[٧] ، ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ** ﴾[٨] .

وإحصان الإسلام قوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ** ﴾[٩] أنه قال : من قرأ أحصن بالهمزة فتأويله تزوجن وهو إحصان النكاح ، ويكون حد الأمة المتزوجة على هذه القراءة بنص القرآن ، وحد غير المتزوجة الحديث الذى رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - وزيد بن خالد عن النبى عليه السلام .

ومن قرأ أحصن بفتح الهمزة فيحتمل تأويله أن يكون أسلمن ، فتكون المتزوجة وغير المتزوجة داخلة فى الآية .

قال الشيخ : وإحصان النكاح يجب بخمسة أوجه : بالإسلام ، والحرية ، والبلوغ ، والعقل ، والنكاح الصحيح .

---

(١) أخرجه البخارى (٢٤٩٦) ، ومسلم (١٤٣٣) من حديث عائشة رضى الله عنها .
(٢) المائدة : (٥) .
(٣) النساء : (٢٥) .
(٤) النساء : (٢٥) .
(٥) النساء : (٢٤) .
(٦) النساء : (٢٥) .
(٧) الأنبياء : (٩١) .
(٨) النور : (٤) .
(٩) النساء : (٢٥) .

واختلف فـي وجه سادس وهو الوطء الفـاسد ، فـقيل : لا يحـصن ، وقيل : يحصن .

قال ابن القاسم : ومن تزوج صغيـرة لم تحض ومثلها يجامع ، فـوطأها أحصنته ولهم يحـصنهـا ولكنه يحلهـا ، والمجنونة المغلوبة على عـقلهـا تحـصن واطئهـا ولا يحصنها.

وقال بعض الرواة : يحصنها لأنها بالغة مسلمة ونكاحها حلال يريدون .

ابن القاسم : إذا كان العـقل في الصحة ووطأها فى حال جنونـها ثم أفاقت فلم يطأها حتى زنت ، إن وطأها فى حال جنونها لا يحصنها حتى يطأها بعد إفاقتها .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإن لم يحتلم الصبى ومـثله يقوى على الجماع فزوجه أبوه أو وصيـه امرأة فبنى بها وجامعها ، لـم يحصنها ولا يحلها ، ولا يجب لها بوطئـه مهر ، ولا عـدة عليها إن بان عنـه أب أو وصى ، لأن وطء الصبى ليس بوطء ، وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة .

قال مالك : ولا حد على كبيـرة زنت بصبى صغير لم يبلغ ، وأما الصـبية فهى تحصن الكبير .

قال ابن المواز : وعلى هذا جماعة أصحاب مالك ، وقاله **مالك** .

ابن وهب : وقال يحيى بن سعيد .

وقال : إنما ذكر الصـبى بمنزلة الأصبع ، ولو زنا رجل بصبيـة مثلها بوطء ، إلا أنها لم تحصن لحد ، ولم تحد الصبية ، وقاله الأزواعى ومالك والليث .

ومن « المدونة » : وإذا تزوجت المرأة خصيًـا قائم الذكر فوطأها قـبل علمها به ثم علمت به فاختارت فراقـه ، لم يحلها وطؤه ذلك ولم يكن إحصانًا لها ولا له ، ولا يكون الإحصان عند مالك إلا ما يقام عليه ولا خيار فيه .

وإن وطأها بعـد علمها به ورضـاها أيقطع خيـارها وأحلها وطؤه ذلـك وكان به محصن ، لأنه نكاح يغتسل منه ، ويجب بوطئه الصداق والحد ،وكذلك إن تزوجت مجنونًا ولم تعلم به فلها الخيار فى فراقـه ،وإن وطأها بعد علمها به ورضاها أحصنها ذلك ، لأنه نكاح صحيح ووطؤه يوجب الصداق والحد .

قال الشيخ : **قال بعض شيوخنا** : وسواء كان مقطوع الحشفة أو غير مقطوعها .

قال الشيخ : وهذا هو ظاهر « المدونة » .

وذكر عن سحنون أنه قال : إنما يكون لها الخيار إذا كان مقطوع الحشفة لأن اللذة فيها ، وأما إن كان غير مقطوع الحشفة فلا خيار لها ولا حجة لها أنه لا يولد لمثله ، كما لا حجة لها إذا تزوجت رجلاً فوجدته عقيمًا لا يولد له .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : انظر إن كان إنما جعل لها الخيار لأنه لا ينزل الماء الدافق فصار وطؤه ناقصًا لذلك ، ويؤيد ذلك إجماعهم أن ليس للرجل أن يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها ، فدل أن الإنزال من حق الزوجة ، وليس كذلك الرجل العقيم لتكامل وطئه بإنزاله ، وإذ قد يولد له بعد ذلك .

قال ابن المواز : مذهب ابن القاسم إذا صح العقد ثم وطأها بعد ذلك فى حال جنونه ، أحلها وأحصنها ، لم يحصنه ذلك .

وقال أشهب : لا يحلها ولا يحصنها .

وإن كان سليمًا وطأ مجنونة فى حال جنونها ، فذلك يحصنها ويحلها ، لأن الوطء للرجل وإليه ينظر .

وقال عبد الملك : لا أبالى من كان منهما مجنونًا أو كانا مجنونين جميعًا [ق / ٧٢ / ٣ ب] فى حال الوطء فذلك يحل ويحصن إذا صح العقد فى الإفاقة ويعقد من يجوز عقده عليهما .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن تزوجت الحرة عبدًا أذن له سيده فى النكاح فوطأها قبل علمها به ، لم يحصنها ولم يحلها ولها الخيار فى فراقه حتى تعلم .

فإن وطأها بعد علمها ورضاها أحلها وأحصنها ولا خيار لها بعد .

ابن المواز : قال مالك : وإن تزوجت عبدًا بغير إذن سيده ودخل بها ، لم يحلها وطؤه حتى يجيزه السيد ثم يطأ العبد بعد ذلك .

وقال أشهب : إذا أجازه أحلها الوطء للأول .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : لا يحصن المرأة ولا يحلها مجبوبًا إذ لا يطأ .

ابن حبيب : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن تزوجت شيخًا فلم ينتشر ،

فأدخلت ذكره بأصبعها ثم فارقها [ق / ٩٨ / ٣ أ] قال : إن انتشر بعد أن أدخلته وعمل ، أحلها ذلك لمن أبتها .

فإن بقى كذلك فلا يحلها .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو وطأ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه فى فرجها وأنزلت هى أيضًا ، فلا يحصنها .

ومن « المدونة » : وتحصن المرأة والأمة المسلمة والحرة والكتابية بنكاح صحيح ، وإن فسد النكاح لم تحصن .

ابن المواز : وروى ابن وهب أن عبد الملك بن مروان سأل عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود : هل تحصن الأمة الحرة ؟ قال : نعم فقال له : عمن تروى هذا؟ قال : أدركت أصحاب النبى ﷺ يقولون ذلك .

ومن « المدونة » قال ربيعة : يحصن الحر المملوكة ، وتحصن الحرة بالعبد ، وقاله على بن أبى طالب وجماعة من الصحابة والتابعين .

والأمة المسلمة والحرة الكتابية يحلهن وطء العبد أو الحر المسلم بنكاح ، ولا يكونان به محصنين حتى توطء هذه بعد الإسلام وهذه بعد العتق ، والعبد لا يحصنه ذلك حتى يطأ بعد عتقه ، والوطئ بعد عتق أحدهما يحصن العتق منهما ، والعبدان إذا عتقا وهما زوجان فلم يجامعها بعد العتق حتى زنيا لم يكونا به محصنين حتى يطأها بعد العتق .

ومن « المدونة » قال مالك : ومن بنى بزوجته ثم طلقها فادعت المسيس وأنكر ، فالقول قول المرأة فى الصداق ، وعليها العدة ولا يملك الرجعة ، ولا يحلها ذلك لزوج كأن طلقها ألبتة ، إلا بتقاريرهما على الوطء .

قال ابن القاسم : أما فى الإحلال ولا أمنع المطلق منها وأخاف أنَّ إنكار الزوج ليضر بها فى نكاحها ، ولا يكون الزوج محصنًا ، لأنها لا تصدق عليه فى الإحصان .

قال بعض الرواة : وإن أخذت منه الصداق لأنه إنما أخذ منه الصداق لما مضى به الحكم الظاهر ، وهو لم يقر بأنه أصابها .

قال مالك : ولا تكون هى محصنة إن زنت .

وقال غيره : ولها أن تسقط ما أقرت به من الإحصان قبل أن تؤخذ فى زنا أو بعد ما أخذت ، وتقول : أقررت لآخذ الصداق ، يريد فإذا رجعت عن إقرارها بالإحصان رجع عليها الزوج بنصف الصداق ، وقاله أبو الحسن بن القابسى .

قال بعض فقهائنا يحتمل أن يكون هذا فى الرشيدة ، وأما السفيهة فالصداق صار مالاً من مالها فليس لها إتلافه .

قال الشيخ : والرشيدة عندى والسفيهة سواء فى ذلك ، لأن ذلك إنما يعلم من جهتها ، وبدعواها أخذته ، فإذا رجعت عن ذلك وجب رده ، لأنها لو شاءت أولاً لم تدعه ، وأمور الصدقات فى هذا المعنى إنما يؤخذ من قبل الزوجات .

قال الشيخ : وحكى عن بعض شيوخنا فيمن لم تعلم له بزوجته خلوة فظهر بها حمل فلا عن منه ، فإن ذلك يحصنها لإقرارها بالإحصان ، ولا يحلها .

قال بعض فقهائنا : ولو رجعت هذه فقالت : ليس الولد منه فيحتمل أن يقال : لا يقبل برجوعها فى نقض الإحصان ، لأن الولد لا يزول نسبه بقولها ، ولو استلحقه الزوج لحق به ولم يلتفت إلى رجوعها ومن نفى هذا الولد على غير وجه الخبر حُدَّ فصار كالولد الحلال فى الحكم لا كولد الزنا ، فلهذا لا يقبل رجوعها ، والله أعلم .

قال الشيخ : أما قوله فى الولد فصواب لا ينفى برجوعها ، وللأب أن يستلحقه، وأما فى الإحصان فيظهر أن لها أن تسقطه وتقول : أدعيت الوطئ لئلا أحد ، فيجب أن يقبل ذلك منها وتحد كما يقبل قولها فى مسألة الكتاب إذا قالت : إنما أقررت بالوطء لآخذ الصداق ، ويسقط بذلك الإحصان .

وكذلك يسقط إذا قالت أنها ادعيت وطء الزوج خوفًا من الحد ، فهذه أعذر من الأولى ، والله أعلم .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : ومن أقر بجماع امرأته من عنين أو غيره وأنكرت هى ثم طلقها ألبتة كانت مخيرة فى أخذ الصداق [ق / ٧٣ / ٣ ب] أو تركه .

قيل له : فإن زنت المرأة بعد ذلك أتكون محصنة ؟

قال : لا تكون محصنة إلا بأمر يعرف به المسيس بعد النكاح .

قال ابن القاسم : وإذا أقامت امرأة مع زوجها عشرين سنة ، ثم أخذت تزنى ، فقالت : لم يكن الزوج جامعنى ، والزوج مقر بالجماع ، فهى محصنة .

قال سحنون : وكذلك يقول غيره أنها محصنة ، وليس لها إنكار ، لأنها إنما تدفع حدًا قد وجب عليها ، ولم يكن منها قبل ذلك دعوى .

قال فى كتاب الرجم : وإن طالت إقامة الرجل مع زوجته ثم زنا فقال : لم أجامعها ، فإن لم يعلم وطؤه بولد يظهر أو بإقرار فلا حد عليه .

قال مالك : ويحلف .

وإن علم منه إقرار بالوطء رجم .

قال يحيى : هذه خير مما فى كتاب النكاح .

قال ابن المواز : وهو قول أصحابنا .

قال الشيخ : كأنهما أشارا إلى أن هذا منه اختلاف قول ، وكذلك نحا إليه أبو محمد ولم يتعقبه .

وذكر بعض المتأخرين من أصحابنا أن ذلك ليس باختلاف قول وإنما اختلف جوابه فيهما لاختلاف السؤالين ، وذلك أنه فى مسألة كتاب النكاح هذه الزوج فيها مقر بجماعها ، فلذلك لم يرجم .

قال الشيخ : والأظهر أنه اختلاف قول ، هذا ظاهر قولهم لأنهم إنما عللوا المسألة بإختلافهما فى الوطء بعد الزنا أو قبله .

ونص ما فى كتاب ابن المواز قال : فإذا أقام معها عشرين ثم فارقها فزنت وقد اختلفا فى الوطء .

قال : قال ابن القاسم وابن عبد الحكم : إن اختلفا بعد الزنا لم يقبل قول من أنكر الوطء والرجم قائم ، وكذلك لو لم يقم معها إلا ليلة واحدة .

قال عبد الملك : فإن كان اختلافهما قبل الزنا فعليهما حد البكر ، وإن طالت إقامته معها ، كانت تحته أو فارقها ، كما لو قالت بعد طول السنين وهى تحته ، لم يمسنى وطلبت أجل العنين ، وصدقها ، أن ذلك لها .

قال الشيخ : فجعلوا العلة الاختلاف قبل الزنا وبعده ، لأنه بعد الزنا يريد رفع

حد وجب فلا يقبل منه ، وليس العلة إقرار الزوج بالجماع ، لأن إقراره بذلك لا يوجب إحصانها إذا أكرت ذلك قبل الزنا ، ولا يكون هو محصنًا بدعواها هى الوطء أيضًا قبل الزنا ، وإنما العلة أن الحد إذا وجب فلا يقبل قول من أراد دفعه .

قال الشيخ : فالقول الآخر أصوب لقول النبى عليه السلام : « **ادرؤوا الحدود بالشبهات** »(١) .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى مات فادعت أنه طلقها البتة إلا بدخول يعرف ، وإن زنت لم تكن محصنة بقولها ذلك ، وهى مثل الأولى لها طرح ما ادعت .

قال ابن القاسم : ولا يحصن الزوجين ويحل المطلقة ثلاث إلا نكاح يصح عقده ويصح الوطئ فيه ،ولا يجزئ من الوطء إلا مغيب الحشفة ، وإن لم ينزل لقول النبى ﷺ : « **حتى تذوق العسيلة** »(٢) .

وقاله مالك : قال ابن القاسم : ولا يكون بوطء الملك ولا بنكاح لا يقران عليه وإن رضى الولى ، كمن تزوج ذات محرم منه ، أو حرة زوجت نفسها ، أو أمة زوجت نفسها بعد إذن السيد أو تزوج امرأة على عمتها أو خالتها أو أخت امرأته ودخل بها أو يجمعهما فى عقدة ولم يعلم بذلك [ق / ٩٩ / ٣ أ] كله ، فلا يحلها ذلك ولا يحصنها .

وكذلك ما للولى أو أحد الزوجين إجازته وفسخه كاستخلاف الحرة أجنبيًا يزوجها من رجل بغير إذن وليها فيدخل بها ،ونكاح العبد بغير إذن سيده ، فلا يحلها ذلك الوطء ولا يحصنها ، وإنما يحلها ويحصنها إذا وطأها بغير إجازة الولى أو السيد.

قال الشيخ : وقد تقدم قول لأشهب فى ذلك .

قال ابن القاسم : وكذلك الزوج فى عيوب المرأة لا يحلها وطئه ولا يحصنها قبل علمه بعيوبها حتى يطأها بعد العلم ، وكل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه

---

(١) أخرجه : الترمذى (١٤٢٤) والحاكم (٨١٦٣) والبيهقى فى الكبرى (١٦٨٣٤) من حديث عائشة رضى الله عنها .
قال الشيخ الألبانى فى « ضعيف الجامع » (٢٥٩) : ضعيف .

(٢) تقدم تخريجه .

يحل المبتوتة وليس كلما يحصن وذلك فى الصغيرة والنصرانية والأمة ، فإن ذلك يحلهن ولا يحصنهن إلا مسيس معروف ليس لأخذ فسخه ، ولو صح العقد وفسد الوطء ما أحصن ولا أحل ، كوطء الحائض أو أحدهما معتكف أو صائم فى رمضان أو محرم ، وكل وطئ نهى الله سبحانه عنه حتى يطأ يعد وطأً صحيحًا .

قال المغيرة : قال الله تعالى : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[1] ، وقد نهى الله تعالى عن وطء الحائض ، فلا يكون ما نهى عنه يحل ما أمر به .

قال الشيخ : وسئل أبو عمران عن المرأة ترى القصة البيضاء فيطؤها زوجها قبل [ق / ٧٣ / ٣ ب] أن تغتسل ، هل يحصنها ذلك ؟

فقال : أما على مذهب ابن بكير الذى يجعل الإمساك عنها استحبابًا ، فلا شك فى ذلك .

وأما على مذهب أصحابنا ، فإنهم شددوا فى وطئها ، ومما يقولون فى الإحصان: إن كل ما اختلف فيه من النكاح لا يحل ولا يحصن ، فهذا من ذلك المعنى .

قال ابن المواز : فى وطء الحائض والمعتكف والصائم فى رمضان ووطء المحرم وكل وطء نهى الله عنه : فقول أصحاب مالك المصريين كلهم ابن القاسم وأشهب وابن دينار ، أن ذلك يحصن ولا يحل ، ورروياه عن مالك .

وقال لى عبد الملك : هو عندى يحل ويحصن .

فوجه قول ابن القاسم ، أنه وطء فاسد ممنوع منه ، كالعقد إذا وقع على وجه فاسد ممنوع منه ، فإنه لا يحل ولا يحصن بإجماع منهم .

ووجه قول المغيرة أنه لا يحل ، فلأنه وطء منهى عنه ، فلا يحل ما أمر الله به، وكان ذلك يحصن فلأنه حر مسلم وطأ فى عقد نكاح صحيح يعف به ، فوجب أن يحصنه كالوطء الصحيح .

قال الشيخ : ولو عكس المغيرة قوله فقال : يحل ولا يحصن لكان أبين .

ووجه ذلك ولأنها ذاقت العسيلة فى عقد نكاح صحيح كالوطأ الصحيح ، ولم

---

(١) البقرة : (٢٣٠) .

يحصن لحرمة النفس ولمراعاة الخلاف ، وقد قال رسول الله ﷺ : « **ادرؤوا الحدود بالشبهات** »(١) ، فنقله من الرجم إلى الجلد من درائة الحد .

ووجه قول عبد الملك ، فلأنه حر مسلم بالغ صحيح العقل وطأ فى عقد نكاح صحيح وطأ لا حد عليه فيه تعففت فيه وذافت عسيلته ، فوجب أن يحل ويحصن كالوطئ الصحيح .

قال ابن حبيب : وإن وطئها فى صوم أو تطوع أو قضاء رمضان أو نذر لأيام بغير أعيانها ، فوطؤه يحل ويحصن إجماعًا من قول مالك وأصحابه ، لأنه لو أفطر يومًا من قضاء رمضان أو من نذر بغير عينه ساهيًا جاز له فطر باقيه إن شاء ويقضيه .

وذكر سحنون فى « العتبية » عن ابن القاسم : إن وطء الصائم فى فرض أو نذر لا يحلها ولا يحصنها ، ووقف فى صيام التطوع ، ثم قال : قال مالك : لا يحصن ولا يحل إلا فى عقد صحيح لا خيار فيه لأحد ووطء صحيح ، لا فى الاعتكاف أو حيض أو إحرام أو صوم وشبه هذا .

ومن « المدونة » قال مالك : والنصرانية يبتها مسلم ولا يحلها وطء نصرانى بنكاح إلا أن يطأها بعد إسلامه ، لأن ذلك [ليس] (٢) بنكاح إلا أن يسلم الزوج وحده أو يسلما جميعًا ، فيتبت النكاح ، ولا يحصن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما .

وإن طلق الحر زوجته ثلاثًا والعبد طلقتين لم تحل به إلا بعد زوج ، ولا يحلها نكاح المحلل حتى يكون نكاح رغبة غير مدالسة ، وقاله عثمان وعلى وابن عباس وكثير من التابعين .

قال ابن المسيب : لو فعلت لكان عليك إثمهما ما بقيا .

قال الوليد : كنت أسمع أن الزناة ثلاثة الرجل والمحلل والمرأة .

وقال بعضهم : اتق الله ولا تكن مسمار نار فى كتاب الله تعالى . فقلت لمالك : إنه يحتسب فى ذلك .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) سقط من أ .

قال : يحتسب فى غير هذا .

ومن كتاب ابن حبيب : وإذا نوى أن يتزوجها فإن أعجبته أمسكها وإلا كان قد احتسب فى تحليلها للآخر ، لم يجز ذلك أيضًا إذا خالطت بنية التحليل ، ولا تحل بذلك للآخر إن علم ، وعلى هذا أن يعلمه بما اعتقد حتى يجتنبها .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك : وإنما يفسد ذلك بعلم المحلل وإرادته وإن لم يعلم الزوجان .

ولو نكح على الصحة ولم يرد ذلك لم يضره علم الزوجين وإرادتهما ، ويحلها ذلك .

قال مالك : ولا يضره ما نوت هى ، لأن الطلاق ليس بيدها .

قال مالك : وإذا فسخ نكاح المحلل وقد بنى فله نكاحها بعد ذلك ، وأحب إلىَّ أن لا ينكحها أبدًا .

قال ابن عبد الحكم عن مالك : ويفسخ نكاح المحلل ، وإن بنى فلها صداق المثل.

قال ابن المواز : بل المسمى ، وهو قول مالك .

وقال : يفسخ بطلقة بائنة بالقضاء إن كان بإقرار منه ، ولو ثبت عليه أنه أقر بذلك قبل النكاح فليس بنكاح ،ولو تزوجها بذلك زوجها الأول فسخ ذلك بغير طلاق إذا علم بذلك .

وإن لم يعلم فإثمهما على من علم ذلك ما بقيا .

ومن « المدونة » : والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة ويأتنفان الإحصان إذا أسلما لقول الله تعالى : ﴿ **لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ** ﴾(١) .

ومن زنا منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزويجه لم يرجم .

وقد قال مالك : إذا ارتدت وقد حجت ثم رجعت إلى الإسلام استأنفت الحج ولم يجزئها ما حجت قبل ردتها .

ابن المواز : ولو طلق رجل امرأته ألبتة فتزوجت غيره فحلت للأول ثم ارتدت

---

(١) الزمر : (٦٥) .

لسقط ذلك الإحلال كما يسقط الإحصان .

قال الشيخ : [ق / ٧٥ / ٣ ب] يريد ، لأنها أبطلت فعلها .

في نفسها وهو نكاحها الذى أحلها كما أبطلت نكاحها الذى أحصنها ، بخلاف ارتداد الزوج الذى أحلها ، لأن ذلك فعل فعله فى غيره فلا يبطله ارتداده .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإذا ارتد وعليه يمين بالله أو بعتق أو بظهار ، فالردة تسقط ذلك عنه .

قال ابن المواز : وكذلك يمينه بالطلاق وبالعتق وبالمسمى أنه ارتد ثم تاب سقط ذلك عنه .

وقد ذكر عن ابن القاسم : أنه تلزمه أيمانه بالظهار ، ولم يعجبنا .

ابن المواز : ولو حنث فى ظهار مجرد فلزمته الكفارة ثم ارتد ثم أسلم ، لسقطت الكفارة عنه ، ولو لم يحنث لم يسقط الظهار عنه كالطلاق .

قال الشيخ : لأنه إذا حنث صارت الكفارة كنذر نذرة للمساكين ، فإذا ارتد ثم أسلم سقط ذلك عنه ، وإذا لم يحنث فالظهار باق عليها منه كالطلاق ، ولأنها مخاطبة أن لا يقربها فى الطلاق ثلاثًا إلا بعد زوج ، وفى الظهار حق يكفر فلا يزيل ذلك عنها ارتداده ، إلا أن ترتد هى أيضًا فسقط ذلك عنهما .

ومن « المدونة » [ق / ١٠٠ / ٣ أ] **قال سحنون** : وقال بعض الرواة لا تطرح ردته إحصانه فى الإسلام ولا أيمانه بالطلاق ، ألا ترى أنه لو طلق زوجته ثلاثًا قبل أن يرتد ثم رجع إلى الإسلام أكان يكون تزويجها بغير زوج ، وكذلك لو نكح امرأة قد كان طلقها زوجها ثلاثًا فوطأها قبل ردته فحلت لمن أبتها لم تبطل ذلك ردته ، وهذا احتجاج متكسر ، لأن التى أحلها لزوجها قد تم الإحلال فيها قبل ردته فلا تسقطه ردته ، لأن ردته إنما تسقط أفعاله فى نفسه لا أفعاله فى غيره ، ألا ترى أنه لو أعتق عبدًا أو أعطى عطية ثم ارتد ثم أسلم أكان يبطل ذلك ردته .

وكذلك المرأة التى طلقها ثلاثًا لا ترجع إليه ، لأنه فعل فعله فى غيره ، ولأنه وإن حل ذلك له فهى لا يحل لها أن تستزوجه إلا بعد زوج ، إلا أن ترتد هى أيضًا ثم تسلم ، فتحل له أن يتزوجها قبل زوج ، وقاله ابن عبد الحكم فى ارتدادهما جميعًا أنها تحل له قبل زوج .

قيل : فإن كانت الزوجة نصرانية فطلقها ثم ارتد ثم رجع إلى الإسلام .

فقال أبو محمد وغيره : لا تحل له لأنها مخاطبة بالإسلام وأحكامه ، وهو فيها كالمسافر يقدم مفطراً فى رمضان [ق / ٧٦ / ٣ ب] فلا يحل له وطؤها .

قال الشيخ : والعلة المستمرة أنه إنما تسقط عنه بردته ما فعله فى نفسه لا ما فعله فى غيره ، أصله : العتق .

فى مناكح المشركين وإسلام أحد الزوجين

ونكاح المشرك عندنا فاسد ، وإنما يصح منه بالإسلام ما لو ابتدأ العقد عليها بعد الإسلام لجاز ، وما لا يجوز أن يبتدؤه بعد الإسلام لم يصح البقاء عليه ، كالعقد على ذوات المحارم .

والدليل على فساده أن صحة العقد مفتقرة إلى شروط هى معدومة فى أنكحتهم منها الولى ، ورضا المنكوحة ، وأن لا تكون فى عدة ، وبصداق مما يجوز تملكه ، وبشهود ، وأنكحتهم خالية من ذلك ، فوجب فسادها وإنما تصح لهم بالإسلام لقوله عليه السلام : « **والإسلام يجب ما قبله** » (١) ولأنه عليه السلام أقر من أسلم على نكاحه.

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإذا تزوج نصرانى نصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر أو شرطا أن لا مهر لها وهم يستحلون ذلك في دينهم ، ثم أسلم أو أسلما جميعًا بعد البناء ، ثبت النكاح . فإن كانت قد قبضت قبل البناء ما ذكرنا فلا شيء لها غيره ، وإن لم تكن قبضته وقد بنى بها فلها صداق المثل ، وإن كان لم يبن بها حتى أسلما ، وقد قبضت ما ذكرنا أو لم تقبضه خُير بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها أو الفراق ، ويكون طلقة ويصير كمن نكح على تفويض .

وقال غيره : فإن قبضته مضى ذلك ولا يكون لها غيره ، بنى بها أو لم يبن ، وقاله ابن القاسم فى كتاب محمد .

قال محمد : وهذا عدل .

---

(١) أخرجه : أحمد (١٧٨١٢) والبيهقى فى « الكبرى » (١٨٠٦٩) والطبرانى فى «الأحاديث الطوال » (١٢) .

وقال الشيخ الألبانى فى « صحيح الجامع » (٢٧٧٧) : صحيح .

قال ابن المواز : وإن وجد بيدها ـ يريد محمد : وقد أسلمت ـ كسر عليها الخمر، وقتلت الخنازير .

قال : وقال ابن القاسم فى « الأسدية » سواء قبضت أو لم تقبض إذا لم يبن ، فإن شاء بنى وأدى صداق المثل وإلا فارق وكانت طلقة ولا شىء عليه ، وهذا غلط .

وقال أشهب : ينفسخ إذا لم يدخل إلا أن يعطيها ربع دينار ، وأستحسنه أصبغ.

قال الشيخ : قول أشهب : يعطيها ربع دينار ، يريد : إذا كان قبل البناء وقد قبضت ذلك ، وكذلك فسره فى غير هذا الموضع .

وقال البرقى عن أشهب : يعطيها صداق المثل .

قال أبو محمد : وقول ابن القاسم وعبد الملك هو المعمول به أنه كالتفويض ، فإن قبضت نصفه كان لها نصف صداق المثل ،وكذلك فيما قلّ أو كثر على هذا الحساب .

أبو محمد : يريد إن شاء البناء ولم يكن بنى .

قال الشيخ : إنما يصح هذا فى قول ابن القاسم إذا بنى ، وأما إذا لم يبن ، فهو يقول : إذا قبضت جميعه لم يكن للزوج أن يدخل حتى يعطيها صداق المثل أو يفارق بطلقة ، وهو كمن نكح على تفويض .

قال الشيخ : وسواء قبضت جميعه أو بعضه أو لم تقبض شيئا لا يكون للزوج أن يدخل حتى يدفع صداق المثل .

قال أبو محمد : ولو وهبت نفسها لرجعت إلى صداق المثل ، وهذا كله قبل البناء ، فأما إن بنى ولم تقبض شيئا فلا شىء لها فى الخمر والخنزير ولا فى الهبة .

قال أبو محمد : وهذا خلاف ما فى « المدونة » يريد : أنه خلاف « المدونة » فى الخمر والخنزير ، وأما فى الهبة أو بغير صداق فلا .

وظاهر « المدونة » أن لا شىء لها عليه كما قال أبو محمد ، وإن كان ابن حبيب قد قال : إذا تزوجت بغير صداق شرط مشروط ، ثم أسلم قبل البناء خير بين إعطائها صداق المثل أو فارق .

وإن أسلم بعد البناء أعطاها صداق مثلها وثبت النكاح .

قال الشيخ : وهذا خلاف ظاهر « المدونة » لأنه أسلم بعد البناء ، ولا تباعة لها عليه ، فهى كمن قبضت الخمر والخنزير فلا تتبعه شىء إذا أسلما ،وقاله أبو الحسن ابن القابسى .

ابن حبيب : قال : وإن أسلمت هى دونه قبل البناء ، فسخ النكاح ولا شىء عليها فيما قبضت من خمر أو خنزير لا نصف ولا غيره .

وحكى عن بعض شيوخنا من القرويين أن عليها قيمة ما قبضت وإن كان قائمًا ، وتراق الخمر عليها وتقتل الخنازير ، لأنها منعته من ذلك بإسلامها ، وكانت كالمسلم يستهلك ذلك النصرانى أنه عليه قيمته ، ونحو هذا روى عيسى عن ابن القاسم فى «المستخرجة » ووجه قول ابن حبيب هذا : أنها غير متعدية عليه فى ذلك ، إذ هى مأمورة بالإسلام ، فهى بخلاف من أتلف عين ذلك تعديا ، والله أعلم .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : ولو تبايعا سلعة بخمر ثم أسلما وقد قبض الخمر ولم يقبض السلعة فالبيع تام ، ولا يدخله اختلافهم فى مسألة النكاح ، لأن البضع لا يستباح فى الإسلام إلا بعوض ، وملك السلعة يجوز بغير عوض ، فحكم ذلك مفترق .

قال بعض فقهائنا : ولو أسلما قبل التقابض لاحتمل [ق / ٧٧ / ٣ ب] أن يفسخ البيع بينهما، ولا يقال للمشترى : عليك قيمة السلعة ، فيكون كبيع سلعة بقيمتها .

قال الشيخ : ويحتمل أن ينظر فإن أسلم مشترى السلعة أولاً فقد أتلف على البائع من سلعته ، فيرجع فى عينها ، وإن أسلم بائع السلعة أولاً فهو الذى أتلف ثمن سلعته ، فلا شىء له على مبتاعها ويكون ذلك كقبضه ويتم البيع فى السلعة ، والله أعلم .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو أصدقها ثمن خمر على رجل ، فلم تقبضه حتى أسلما فلها قبضه والنكاح ثابت ، لأنه إذا أسلم وله دين من ثمن خمر فحلال له قبضه .

قال عبد الملك : ولا يدخل بالزوجة حتى يقدم ربع دينار ، ولو أصدقها دينًا له من ربا دينار بدينارين فلم تقبضه حتى أسلما ، فليس لها على الزوج شىء ، وله

البناء إن لم يكن بنى ، ولا تأخذ من [ق/ ١٠١ / ٣ أ] الغريم إلا ديناراً كما كان هو يقبض منه لو أسلم .

وكذلك لو كان رأس المال درهمين فى ثلاثة فلا تقبض من الغريم إلا درهمين ، ولا ترجع على الزوج بشىء وله البناء ، لأنه كان صداقًا يوم أصدقها .

وإن أصدقها خمراً بعضه نقداً وبعضه مؤجل فأسلما وأسلم الزوج قبل قبضها المؤجل ، فإن بنى فلا شىء لها ، وإن لم يبن نظر ما المؤجل منه ، فإن كان الثلث بالقيمة رجعت عليه بثلث صداق المثل معجلاً .

قال الشيخ : وهذا على أصله فى كتاب ابن المواز وهو قول الغير فى « المدونة »، وأما على قول ابن القاسم فى « المدونة » يكون لها ثلث صداق المثل إن بنى ، وإن لم يبنِ فإنه مخير بين إعطاها صداق المثل أو يفارقها ، كما قال إذا قبضت جميع الخمر.

قال عبد الملك : ولو أصدقها خمراً مع خنازير ، فقبضت الخمر ثم أسلما ، قُوِّمَ هذا من هذا فترجع من صداق مثلها بمقدار ما بقى مما لم تقبضه .

ابن المواز : وإذا تزوج مسلم نصرانية بخمر فقبضته وفات بيدها ، فإن لم يبنِ فسخ ولم يتبعها شىء .

وإن بنى ، فقيل : يفرق بينهما ، ولا أقوله ولكن يثبت ولها صداق المثل قاله ابن القاسم .

وقال أشهب : يعطيها ربع دينار .

قال أصبغ : وقولى على قول ابن القاسم استحسانًا .

وأما قوله : إن لم يبنِ ، فهو القياس .

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : ولا يطأ كافر مسلمة بنكاح أو ملك ، ويتقدم فى ذلك إلى أهل الذمة أشد التقدمة ويعاقب فاعله بعد التقدم ، ولا يحد وإن تعمده، ومن عذر بجهل فلا يعاقب وتباع الأمة على مالكها ويفسخ النكاح ، وإن أسلم الزوج ، ولا تباع عليه الأمة إذا أسلم السيد .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا وإن لم تعذر المسلمة بجهل فى النكاح حدت ،

ويكون كمتزوج الخامسة ونحو ذلك مما يحرم بالقرآن .

وقوله فى الكتاب : ولا حد فى ذلك وإن تعمد ، يريد لا حد على الزوج لأنه نصرانى ولا حد عليها فى الملك .

قال سحنون : الملك مخالف للنكاح لأن بالشراء انعقد له فى الملك فى الأمة ولا ينعقد بالنكاح ، فلذلك أخاف أن تضرب المرأة الحد .

وفى كتاب ابن المواز فيمن تزوج مجوسية وهو عالم بتحريم ذلك : فإنه يرجم .

ومن « المدونة » : قال عمر بن الخطاب : ينكح المسلم النصرانية ، ولا ينكح النصرانى المسلمة .

قال على بن أبى طالب : لا ينكح النصرانى ولا اليهودى المسلمة .

قال سليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن : فإن فعلا ذلك فرق السلطان بينهما .

قال ربيعة : وإن نكحها وزعم أنه مسلم ، فلما خشى الظهور عليه أسلم وقد بنى بها فلها الصداق ويفرق بينهما وإن رضى أهل المرأة ، لأن نكاحه كان ـ ثم إن رجع إلى الكفر قتل .

فصل

قال مالك : وإذا أسلم مجوسى أو ذمى وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام حينئذ ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما وإن أسلمت بقيت له زوجة .

قال الشيخ : يريد بنى بها أو لم يبن ، قاله ابن القاسم فى أب الزوج الصغير المجوسى يسلم ، فهذا مثله .

قال ابن القاسم : إلا أن يبعد ما بين إسلامهما فلا تكون امرأته ، وإن أسلمت وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك ،ولم يحد البعد فى ذلك ، وأرى الشهرين وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير .

وفى بعض الروايات وأرى الشهر وأكبر من ذلك قليلاً ليس بكثير ، وكذلك فى كتاب ابن المواز .

قال ابن اللباد : وذلك إذا غفل عنهما وحجة ابن القاسم أن أبا سفيان بن حرب أسلم وأسلمت هند بعد شهر وبقيت له زوجة .

وقال أشهب فى كتاب ابن المواز : ولا يفرق بينهما فى المدخول بها حتى تخرج من العدة .

وأصحابنا على قول ابن القاسم أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة ، فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : إذا أبت الإسلام فرق بينهما مكانه قوله تعالى : ﴿ **وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ** ﴾[1] ولأنه إما أن ينفسخ النكاح عقب إبائها أو تبقى مستدامة النكاح .

ووجه قول أشهب : اعتباراً بإسلام الزوجة .

قال ابن المواز : وذكر بن القاسم عن مالك : أن المجوسى إذا أسلم قبل البناء ولم تسلم امرأته [ق / ٧٨ / ٣ ب] أنه يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت مكانها وإلا فرق بينهما ، وبه أخذ ابن المواز .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا أسلمت الزوجة بعد البناء وزوجها مجوسى أو كتابى فلا يعرض عليه الإسلام ، ولكنه إن أسلم فى عدتها كان أملك بها ، وإن أسلم بعد انقضاء عدتها فلا سبيل له عليها ، وقد قال الله تعالى فى اللاتى أسلمن دون أزواجهن وهاجرن ﴿ **فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ** ﴾ [2]، وأبانت ذلك سنة النبى عليه السلام أن ذلك ما لم يسلم الزوج فى العدة لما أمر صفوان إذ أسلم فى العدة بعد شهر من إسلام زوجته ، وأقر ﷺ ابنته زينب تحت أبى العاصى إذ أسلم فى عدتها بعد إسلامها .

ومن « المختصر » وإذا أسلمت النصرانية فأراد زوجها أن يسلم فقالت : أنا أفتدى منك بكذا على أن لا تسلم حتى أملك أمرى ، أو على أن لا رجعة لك علىَّ، ثم أسلم ، فهو أحق بها ، وما أخذ منها رد إليها .

(١-٢) الممتحنة (١٠) .

قال ابن أبى زمنين : وإذا أسلمت فكان الزوج أولى بها فى العدة إن أسلم .

اختلف قول ابن القاسم فى النفقة عليها قبل إسلامه ما دامت فى العدة .

وروى عنه عيسى أنه لا نفقة لها عليه لأنها منعته فرجها بإسلامها .

قال : وهذه الرواية أحسن عند أهل النظر من رواية أصبغ .

ومن « المدونة » قال مالك ، وقاله أيضًا ابن القاسم وأشهب : وإن أسلمت قبل البناء والزوج مجوسى أوكتابى فقد بانت منه ، ولا رجعة له إن أسلم .

قال الشيخ : ولا خلاف بينهم فى إسلام الزوجة بعد البناء أن الزوج أحق بها إن أسلم فى عدتها للسنة المأثورة ، ولا خلاف أيضًا بينهم إن أسلمت قبل البناء أنه لا سبيل إليها إلا أن يسلما معًا ، وذلك أن إسلامه ينزل بمنزلة رجعته ، لأن النبى عليه السلام جعل إسلام الزوج فى العدة كرجعة المسلم فيها إذا طلق واحدة ، فلما لم يكن عند الدخول بها عدة ولم يكن فيها رجعة ، لم يكن لزوجها إذا أسلم بعدها عليها سبيل ، إذ لا عدة عليها ، وكذلك إن أسلم فى التى بنى بها بعد إسلامها وبعد انقضاء عدتها ، فقد بانت منه ، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه فكان موقوفًا على العدة .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا وقع الفراق بإسلام [ق / ١٠٢ / ٣ أ] أحد الزوجين كان فسخًا بغير طلاق .

قال ابن المواز : والفرق بين إسلام أحد الزوجين أنه فسخ بغير طلاق ، وبين ردته أنه تلزمه طلقه ، لأن المسلم يلزمه طلاقه .

وكذلك يلزمه لما أحدث من الردة الطلاق ، والكافر لو طلق لم يلزمه طلاقه إن أسلم ، فلم يلزمه بما فعل طلاق .

ومن « المدونة » : وإن أسلم كتابى بدار الحرب أو بعد قدومه إلينا لم تزل عصمته عن نسائه وهُنَّ على نكاحهن ، ويقع طلاقه عليهن فافتراق الدارين ليس شيئًا.

قال ابن القاسم : وأكره له الوطء بدار الحرب بعد الإسلام ، كما كره مالك أن ينكح بها خوف أن تلد ولدًا فيكون على دين الأم ، فإن خرجا إلينا بأمان فأسلم أحدهما كانا فى الفرقة والاجتماع كالذميين يسلم أحدهما .

قال : وإن أسلم ذمي وتحته كتابية ـ بنى بها أم لا ـ ثبت على نكاحه وبقيت له زوجة .

وإن كانت صغيرة زوجها إياه أبوهما فهما على نكاحهما ، ولا خيار لها إن بلغت.

قال : وإن أسلم الصبي الذمي وقد زوجه أبوه مجوسية لم يفسخ نكاحه إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم ، فتقع الفرقة بينهما إلا أن تسلم هي عن ذلك فتبقى له زوجة ، لأنه لو ارتد عن الإسلام قبل بلوغه لم يقتل .

وإذا أسلم الزوج قبل البناء وهما مجوسيان ففرق بينهما فلا صداق عليه ، لأنه فسخ بغير طلاق ، وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بإسلام أحدهما وذلك قبل البناء ولا صداق للمرأة ولا متعة .

قال الشيخ : لأن الفراق من قبلها .

قال : فإن بنى بها وهما مجوسيان أو ذميان فوقعت الفرقة بينهما بإسلام أحدهما فرفعتها حيضتها فلها السكنى ، لأنها إن كانت حاملا اتبعته بما فى بطنها ، وكذلك من نكح ذات محرم منه ولم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى ، لأنها تعتد منه وإن كان فسخًا .

وإذا سبيت ذات زوج فعليها الاستبراء بحيضة ، لأنها صارت أمة وإن أسلمت امرأة فى دار الحرب ثم قدمت إلينا ، أو قدمت إلينا بأمان ثم أسلمت ، فلا تنكح مكانها ولكن تستبرئ فى نفسها بثلاث حيض كاستبراء الحرائر .

فإن أسلم زوجها فيكون أملك بها إن ثبت إنها زوجته ، ولو كان إسلام هذه الزوجة فى دار الحرب أو عندنا ، وذلك قبل البناء لبانت ولا سبيل إليها ، وإن أسلم مكانه .

وكذلك قال مالك فى الذميين : إذا أسلمت المرأة قبل البناء ثم أسلم زوجها فلا سبيل له إليها ، ولا متعة لها ولا صداق ، وإن قبضته ردته ، وإن بنى بها فلها المسمى .

وإذا أسلمت النصرانية وزوجها نصرانى ثم طلقها فى العدة ثم أسلم فيها ، لم يعد طلاقه طلاقًا وكان على نكاحه ، فإن انقضت عدتها فنكحها بعد ذلك كان جائزًا

وطلاقه فى شركه باطل .

فى سبى أحد الزوجين أو كليهما ورجعة زوج الأمة فى سفره

روى ابن وهب عن أبى سعيد الخدرى أنه قال : أصبنا سبيًا يوم [ق / ٧٩ / ٣ ب] أوطاس ولهن أزواج فكرهن أن تقع عليهن فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك ، فأنزل الله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ «فاستحللناهن»(١) فلما أباح الله ـ عز وجل ـ وطء المسبية لها زوج بهذه الآية دل بذلك أن السبى يهدم النكاح .

قال ابن القاسم وأشهب : السبى فسخ للنكاح .

قال أشهب : سبيا جميعًا أو مفترقين .

قال الشيخ : يريد وإن علم أنها زوجته بالبينة على مذهب ابن القاسم وأشهب ، وهو أشبه بظاهر التنزيل ، والله أعلم .

قال ابن قسيط : وإن ابتاع رجل عبدًا وامرأته من السبى قبل أن يفرق بينهما السهمان ، فليفرق بينهما إن شاء ويطأ الأمة .

قال الشيخ : اختلف شيوخنا فى قول ابن قسيط ، فقال بعضهم : معناه إذا لم يقرها السلطان على النكاح وليس بيعهما مجتمعين مما يمنع التفرقة حتى يقرهما بلفظ منه يقتضى ذلك .

وقال غيره من شيوخنا : إن قول ابن قيط خلاف ، لأنه إذا باعهما جميعًا إنما ينادى على العبد وزوجته فذلك إقرار للنكاح .

وفى كتاب ابن المواز : من اشترى علجة وزوجها فى المقاسم ، فلا يفرق بينهما فى النكاح فإن هرب العلج لم يكن لسيدها وطؤها إن كان أقر على النكاح ، وعلى ذلك بيعت .

قال مالك : وإن قدم إلينا تجار من أهل الحرب فباعوا منا رقيقًا فذكر الرقيق أن بينهم تناكحًا ، فإن زعم ذلك الذين باعوهم أو علم صدق قولهم ببينة كانوا على تناكحهم ولا يفرق بينهم .

---

(١) أخرجه : مسلم (١٤٥٦) .

وظاهر هذا أنه خلاف السبى ، لأن النص إنما أنزل فى السبى وهذا ليس بسبى ، وإن كان قد وقع لمالك فى كتاب ابن المواز فى السبى مثل هذا الجواب ، ولكن الأشبه عندى بظاهر التنزيل أن السبى خلاف هذا ، ومالك أعلم وأهدى للصواب ، ويحتمل أن يحمل قوله فى السبى استحبابًا وقياسًا على هذه المسألة ، والله أعلم .

وإن لم يعلم ذلك إلا بقول الرقيق فلا يصدقون ويفرق بينهم .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإذا سبى الزوج أولاً ثم سبيت زوجته بعده قبل أن يقسم أو بعد ما قسم ، فذلك هدم للنكاح .

وقال فى كتاب ابن المواز : إذا سبيا جميعًا أو سبى أحدهما قبل صاحبه فهما على نكاحهما إذا علم ذلك بالبينة ما لم تستبرأ المرأة بحيضة ويطأها السيد ، فإن وطأها السيد قبل أن يدركها الزوج ويعلم ذلك فالنكاح منقطع .

قال ابن بكير : قال مالك : وإن سبيت قبل الزوج انفسخ النكاح وحلت لمالكها، إذ لا عهد لزوجها .

وإن سبيا جميعًا فاستبقى الزوج أقرا على نكاحهما ، إذ صار لزوجها عهد حين استبقى ، فصار أحق من المالك بها ، لهذا يريد إذا علم ذلك بالبينة ، والله أعلم .

وكله عندى خلاف « المدونة » ، والله أعلم .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : ولو سبيت المرأة ثم قدم الزوج بأمان أو سبى وهى فى الاستبراء ، فلا سبيل لها إليها لزوال العصمة بالسبى .

ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأقام بها أو قدم إلينا مسلمًا أو بأمان فأسلم وخلف أهله على النصرانية فسباها المسلمون ، فهى فى عصمته والنكاح بينهما ثابت إن أسلمت .

ابن المواز : قال ابن القاسم : أو [عتقت][1] .

قال فى « المدونة » : وإن أبت الإسلام فرق بينهما ، إذ لا تنكح أمة كتابية ، وهى وولدها وما فى بطنها من ولد ومهرها الذى على الزوج وجميع ما للزوج بدار الحرب فئ لذلك الجيش .

---

(١) سقط من أ .

وقال غيره : ولده الصغير تبع له ، وكـذلك ماله هو له لم يزل ملكه عنه ، فإن أدركه قبل القسم أخذه ، وإن قسم فهو أحق به بالثمن .

فصل

قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته وهى أمـة ثم ارتجعها فى سفره قـبل انقضاء عدتهـا ، وأشهد بذلك فوطأها سـيدها بعد عدتهـا قبل علمه برجعـة الزوج ثم قدم الزوج ، فلا زجعة له إذ وطء السيد بالملك كوطئها [بالنكاح](١) .

ما يحل ويحرم من وطء الكوافى بملك أو بنكاح [ق / ١٠٣ / ١٣ أ]

قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ **وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ** ﴾(٢) فعمَّ الحرائر والإمـاء إذ الوطء يسـمى نـكاحًـا ، واسـتـثنى نكاح حـرائر الكـتـابيـات بقـوله : ﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ** ﴾(٣) وهذا إحصـان الحرية ، ولم يـحل الأمة بالنكاح إلا مـؤمنة لقوله تعـالى : ﴿ **وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ** ﴾(٤) فلم يحل نكاح الأمة إلا مـؤمنة ، وأحـل الله فى وطئ الكـتـابيـات بالملك بقـولـه فى تحـريم ذوات الأزواج ﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ** ﴾(٥) ، وهذا إحصـان نكاح ، ثم استثنى فـقال : ﴿ **إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾ (٦)، وهن اللاتى ملكناهن بالسبى ولهن أزواج كفار بدار الحرب ، قاله مالك .

قـال ابن حبـيب : أو سبـوا معـهن ، وبقى تحريم المجـوسيـات بنكاح أو ملك بالتحريم الأول العام .

قال عبد الوهاب : ولأن كل جنس تؤكل ذبائحهم يجوز نكاح نسائهم كالمسلمين.

---

(١) سقط من أ .

(٢) البقرة (٢٢١) .

(٣) المائدة (٥) .

(٤) النساء (٢٥) .

(٥) النساء (٢٤) .

(٦) النساء (٢٤) .

وقال في وطء الإماء الكتابيات : ولأن كل من يجوز وطء حرائرهم [ق/ ٨٠ / ٣ب] بالنكاح يجوز وطء إصابهم بالملك كالمسلمين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكره مالك وطء نساء أهل الحرب .

وقال : يدع ولده في أرض الشرك ثم يتنصرا وينصر ، ولا يعجبني .

قال ابن القاسم : فأرى أن يطلقها ولا يقم عليها من غير قضاء .

قال ابن القاسم : ويجوز للمسلم نكاح حرة كتابية ،ويكره له ذلك .

وإنما كره له مالك ذلك ولم يحرمه لما تتغذى من خمر وخنزير وتغذى به ولده وهو يقبل ويضاجع وليس له منعها من ذلك ولا من الذهاب إلى الكنيسة .

قال غيره : مدته سكون إلى الكفار ومودة إليهم ، لأنه تعالى قال في الزوجين : ﴿ **وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً** ﴾ (١).

ومن « المدونة » قال مالك : ولا يجوز لمسلم أن يطأ مجوسية بنكاح أو بملك يمين .

قال ابن شهاب : ولا يقبلها ولا يباشرها .

قال الشيخ : لقوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ** ﴾ (٢)ولأن كل من لا تؤكل ذبائحهم لا يجوز نكاح نسائهم كالوثنيين .

ومن « المدونة » قال مالك : والأمة الكتابية لا يحل لمسلم أن يتزوجها ولا يطأها إلا بالملك ، كان حرًا أو عبدًا ، كانت لمسلم أو ذمي ، ولا يزوجها سيدها من غلام له مسلم .

فصل

ولا منع النصراني من نكاح المجوس ولا المجوس من نكاح النصارى .

باب : في إسلام الأبوين أو أحدهما وحكم الولد في ذلك

وقال النبي عليه السلام : « **كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو**

(١) الروم (٢١) .
(٢) البقرة (٢٢١) .

ينصرانه»(١) .

وقال مالك : إسلام الأب إسلام لصغار بنيه لو أسلمت الأم وحدها دون الأب بقى الولد على دين أبيه .

وكذلك لو أسلمت وهى حامل ثم ولدت كان الولد على دين الأب ، ويترك فى حضانتها .

قال أبو بكر بن اللباد : روى الليث أن النبى ﷺ قال : « **أيهما أسلم من الأبوين كان أولى بالولد** » ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وبه قال غير واحد من أهل العلم ، وقاله ابن وهب .

ومن « المدونة » قال مالك : ولو تزوج مجوسى نصرانية فولدت منه ، كان الولد تبعًا للأب فى الدين وأداء الجزية ، وتبعًا للأم فى الملك والحرية .

وإذا زوج النصرانى ابنته الطفلة لكتابى ثم أسلم الأب وهى صغيرة كان ذلك فسخًا لنكاحها ، لأن إسلام الأب إسلام لها .

ولو زوج المجوسى ابنه الطفل مجوسية ، ثم أسلم الأب وابنه صغير ، عرض على زوجة الصغير الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ما لم يتطاول ذلك .

وإذا كان الغلام أو الجارية فى حد المراهقة فى إسلام الآباء من أبناء اثنتى عشر سنة فلا يجبر على الإسلام ويترك الأمر إلى بلوغهما ، فمن أقام منهما حينئذ على دينه الذى كان عليه ونكاحه لم يعرض له ، وإن أسلم حكم فيه بما ذكرنا [ق / ٨١ ٣ ب] فى إسلام أحد الزوجين البالغين .

قال مالك : ومن أسلم وله ولد صغار فأقرهم حتى بلغوا اثنتى عشرة سنة وشبه ذلك ، فأبوا الإسلام فلا يجبروا .

وقال بعض الرواة : يجبرون وهم مسلمون ، وهو أكثر مذاهب المدنين .

قال مالك : ومن أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاث عشرة سنة وشبه ذلك ثم مات الأب ، أوقف ماله إلى بلوغ الولد ، فإذا بلغ وأسلم ورث ، وإن لم يسلم حين بلغ لم يعرض له ، وكان ذلك المال للمسلمين .

---

(١) أخرجه : البخارى (١٢٩٢) ، ومسلم (٢٦٥٨) .

ولو أسلم الولد قبل إدخاله لم يتعجل أخذ ذلك حتى يحتلم ، لأن ذلك ليس بإسلام ، ألا ترى لو أنه أسلم ثم رجع إلى النصرانية أكره على الإسلام ولم يقتل .

قال الشيخ : وقيل : إسلامه إسلام وله الميراث ، لأنه لو رجع إلى النصرانية جبر على الإسلام بالضرب حتى يسلم أو يموت .

قال مالك : ولو قال الولد : إنى لا أسلم إذا بلغت ، لم ينظر إلى ذلك ولا بد من إيقاف المال إلى احتلامه ، ولو كان الولد لا يعقل دينه - ابن خمس سنين أو ست - فهم مسلمون بإسلام الأب ويرثونه مكانهم ، وقاله أكثر الرواة .

فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة أو على أم وابنتها ونكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه

وقد أقر رسول الله ﷺ أبا العاص وصفوان على نكاح الشرع وخير غيلان بن أبى سلمة الثقفى إذ أسلم على عشر نسوة فى أربع منهن ، وخير فيروز الديلمى إذ أسلم على أختين فى إحداهما .

قال مالك : وإذا أسلم حربى على أكثر من أربع نسوة نكحهن فى عقدة أو عقد فليختر منهن أربعًا من أول من نكح أو آخرهن ويفارق باقيهن .

قال ابن المواز : والمجوسى إذا أسلم وتحته عشر نسوة لم يبنِ بهن وأسلمن كلهن، إنه يختار منهن أربعًا ويفارق باقيهن .

قال ابن حبيب : ويفارقهن بطلاق ويعطى لكل ممن فارق نصف صداقها .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك لأنه عنده لما كان له أن يختار كل واحدة ، صار كأنه مختار لطلاقها ، فكان عليه نصف صداقها ، وابن القاسم لا يرى عليه فيمن فارق صداقها لأنه عنده فسخ قبل البناء .

قال ابن المواز : فإن لم يختر منهن أربعًا حتى مات فإنه يرثنه كلهن الربع إن لم يكن له ولد ، ويكون لكل واحدة ممن لم يدخل بها خمسا صداقها ، وللمدخول بهما صداقها كاملاً .

قال الشيخ : إنما قال ذلك لأن له أن يقيم على أربع منهن فأقل ، فإن مات ولم

يختر منهن واحدة كان الربع بين جميعهن ، لأنه ليس واحدة أحق بالميراث من صاحبتها ، فلذلك قسم بينهن .

وأما الصداق فإنما عليه أربع صدقات ، فلما لم تعلم المختارة منهن قسم الأربع صدقات على عشرة فيقع لكل واحدة خمس صداقها .

وأما المدخول بها فقد استحقت صداقها بالمسيس .

قال أبو محمد : فإن طلق منهن أربعًا بغير أعيانهن قبل أن يختار [ق / ١٠٤ / ٣ أ] أو طلقهن كلهن ، فعليه لكل واحدة من العشرة خمس صداقها ، هذا إن كان قبل البناء .

وإن طلق منهن واحدة معلومة لم يكن له أن يختار من البواقى إلا ثلاثًا ، وإن طلق واحدة مجهولة ثلاثا لم يكن له أن يختار من البواقى إلا واحدة .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك إذا طلقهن كلهن أن يكون لكل واحدة خمس صداقها، لأنه إنما له أن يقيم على أربع منهن فيكون لهن أربع صدقات ، فإذا طلقهن قبل البناء كان عليه نصف ذلك صدقات نصف الأربعة وهو خمس العشرة ، فيكون لكل واحدة خمس صداقها .

وإنما قال : إذا طلق واحدة معلومة لم يكن له أن يختار من البواقى إلا ثلاثًا ، لأنه بقصده لطلاقها صار كأنه اختارها ثم طلقها ، فلم يكن له أن يختار إلا بقية الأربع .

قال الشيخ : وإنما قال : وإن طلق واحدة مجهولة ثلاثًا لم يكن له أن يختار من البواقى إلا واحدة ، لأن الطلاق يشرع فى جميعهن وكافة .

قال : إحداكن طالق ولم ينوِ واحدة بعينها ، فوجب طلاقهن أجمع ، وهذا على قول المصريين .

وأما على قول المدنيين فله أن يختار واحدة فيطلقها كالعتق ، فإذا اختار واحدة كان له اختيار ثلاث ممن بقى كالمسألة الأولى .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإن أسلم حربى أو ذمى وتحته أم وابنتها تزوجهما فى عقدة واحدة أو فى عقدتين ، فإن لم يكن بنى بها فله اختيار إحداهما وفراق الأخرى .

وقال غيره : إذا أسلم وعنده أم وابنتها ، ولم يبن بهما لم يجز له أن يحبس واحدة منهما ونقلها أبو محمد .

قال غيره : لا بد أن يفارقها ثم ينكح الابنة إن شاء .

وقال أشهب : تحرم الأم ويثبت على الابنة ولو مس الأم وحدها حرمتا عليه جميعًا للأبد ، ولو مس الأبنة ثبت عليها وحرمت الأم .

فوجه قول ابن القاسم اعتبارًا بالذى أسلم على عشر [ق/ ٨٢ / ٣ ب] نسوة أن له أن يختار منهن أربعا وإن كانت الخامسة أو السادسة فيهن ، ونكاح الخامسة محرم كنكاح ذوات المحارم ، فلما جاز له البقاء على الخامسة بذلك العقد جاز له أن يثبت على الأم أو البنت بذلك العقد .

ووجه قول غيره أنه لما كان عقده فى الشرك عقد شبهة يصححه الإسلام صار كأنه عقد عليها يوم أسلم ولم يعلم ، فليفارقها وينكح البنت إن شاء .

ووجه قول أشهب : أنه لما كان عقده عقد شبهة حرم الأم ولم يحرم البنت ، لأنه لم يدخل بالأم .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أبينهما وبه أقول .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فإن حبس الأم وفارق البنت فأراد ابنه نكاح البنت التى خلاها ،ولا يعجبنى ذلك .

الشيخ لأنه عقد شبهة .

قال ابن القاسم : وإن كان قد دخل بهما جميعًا فارقهما ولا تحلان له أبدًا ، فإن بنى بواحدة أقام عليها وفارق الأخرى ، ولم يكن له أن يختار التى لم يمس ، وقاله ابن شهاب .

قال ابن القاسم : وكذلك المجوسى يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمن جميعًا ، فالجواب واحد .

قيل له : فالذمى إذا تزوج امرأة فماتت قبل أن يمسها فتزوج أمها ثم أسلما جميعًا ،وكيف إن كان هذا رجل من أهل الحرب ثم أسلم ؟ فلم يذكر جوابًا وأتى ينظير يدل على جوار النكاح وثباته ، فذكر مسألة المجوسى يسلم وعنده أم وابنتها قد

أسلما جميعًا .

قال أبو محمد وغيره : نكاحهما ثابت .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أسلم وقد نكح أربعًا فى عدتهن ، فإن أسلم بعد خروجهن من العدة ثبت عليهن ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

قال أشهب بنى بهن أو لم يبن .

ولو أسلم قبل انقضاء عدتهن لفارقهن ، وعليهن ثلاث حيض - يريد : وقد مسهن - ولو أسلم وقد انقضت عدة بعضهن فسخ نكاح من لم تنقض عدتها ، كن فى عقدة أو فى عقد بنى بهن أو لم يبن بهن .

وإن وطئ بعد إسلامه من لم تنقضى عدتها لم تحل له أبدًا .

وإن تزوج نكاح متعة فأسلم قبل الأجل فسخ نكاحه ، وإن أسلم بعد الأجل ثبت ، بنى أو لم يبن .

فصل

قال ابن القاسم : وكل نكاح استحله أهل الشرك فيما بينهم استحله أهل الشرك فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه ، وقد بنى أو لم يبن ، وقد تزوجها بخمر أو خنزير ثبت النكاح ،وحملتهما فى الصداق على سنة المسلمين ، ويصير كمن نكح على تفويض ، فإن شاء البناء أدى صداق المثل وإلا فارق ولا شيد عليه ، وقد تقدم هذا .

قال ابن القاسم : وما كان من شروطهم من أمر مكروه ، فإنه لا يثبت من ذلك إلا ما كان يثبت فى الإسلام ،وفى غير رواية جبلة : فإنه لا يثبت من ذلك ما كان يفسخ فى الإسلام ، ولا يفسخ من ذلك ما كان فى الإسلام .

قال يحيى بن عمر : وهذه رواية سحنون ، وهو الصواب .

قال الشيخ : وتفسير ابن القاسم للمسألة التى بعد هذه يدل على صحة رواية سحنون ، وهى :

قال ابن القاسم : وما كان لهـا من شرط بطلاق فيها أو فى غيـرها أو بعتاق إن تزوج عليها أو منعها من أهلها أو إخراجها من بلدها ، فهذا كله يسقط عنه ولا يثبت عليه ، ولو شرط لها أيضًا ، ولا نفقة لها عليه ، أو أن لها نفقة محدودة أو فسادًا فى صداق ، بطل الشرط فى ذلك كله ، ولم يلـزمه ، ويكون لها نفقة مثلهـا ،ولا تشبه المسلمة فـى هذا الذى لم يبن لها ، لأن المسلمـة يفسخ نكاحهـا قبل البناء إذا عـقدا شـرطًا لا يحل لفـسـاد العـقـد ، ونكاح الشـرك إذا أسلمـا لم يكن ذلك فـسـادًا لنكاحهم.

قال فى كتاب بن المواز : وإن بنى بها ثبت النكاح وكان لهـا صداق المثل ، ولها نفقة مثلها .

قال : وهو كصداق مجهول حين اشترط هذا مع الصداق .

قال أصبغ : ولو لم يدخل بها وتطـارحا الشرط ثبت النكاح ولم يفـسخ ، كمن تزوج بصداق معجل وصداق إلى موت أو فراق ، أو إلى أجل مجهول .

ومن « المدونة » : وإذا تزوج من زوجة ذمى سواه فرافـعه زوجها إلينا ، منع من ذلك ،وهذا من التظالم الذى أمنعهم منه .

وإذا تزوج ذمى ابنته أو أمه أو أقام على مبتوتة ، لم يعرض له إذا كمان ذلك مما يستحلونه فى دينهم .

قال مالك : وإن أعلنوا بالزنا أبدوا وإذا تزوج صغـيران من أهل الذمة بغـير إذن أبويهمـا ، أو زوجهمـا أجنبى ثم أسلما بعـد البلوغ ، ثبت على نكاحهـما ، ولا يعـرض لأهل الذمــة إذا أسلمـوا فى نكاحـهم ، إلا أن يكـون تزوج من لا تحل له فيفرض بينهما .

قال مالك : وإذا طلق الذمى امرأته ثلاثًا ولم يفـارقها فرفعت زوجـته أمرها إلى السلطان ، ولا يعرض لهمـا ولا يحكم بينهما إلا أن يرضيا جمـيعًا بحكم الإسلام ،

فالحكم مخير إن شاء حكم أو ترك ، فإن حكم بينهم [ق/ ٨٣ / ٣ ب] [حكم][١] بحكم الإسلام .

قال مالك : وأحب إليَّ أن لا يحكم بينهم ، وطلاق الشرك ليس بطلاق ، وكذلك إن أطلق النصراني زوجته ثاثًا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما ، فليقيما على نكاحهما ، ولا يحصن الوطئ بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامها ، وقد تقدم هذا والله الموفق للصواب .

---

(١) سقط من أ .

جامع مسائل مختلفة وأحكام المرتد والأسير [ق / ١٠٥ / ١٣أ]

قال ابن القاسم : وإن قسم المغنم بدار الحرب فصار لـرجل فى سهمانه جارية ، فاستبرأها بحيضة ، فجائز له أن يطأها بدار الحرب وإن كان لها زوج حربى .

قال ابن القاسم : وقد كرهه بعض الناس خيفة أن تهرب منه حاملاً .

ومن كان عنده ثلاث نسوة فى دار الإسلام ثم خرج تاجرًا إلى دار الحرب فتزوج بهـا رابعة ثم قـدم وتركهـا فأراد نكاح خـامسـة ، فليس ذلك له ، لأن الحربيـة فى عصمته .

قال الشيخ : يريد إلا أن يبت طلاقها أو يصالحه عنها أحد ،وإن طلقها واحدة لم يجز له أن يتزوج إلا بعـد خمس سنين من يوم خرج منها ، وثلاث سنين فـأقصى ما يمسكها الحمل خمس سنين ، وإن لم تكن حـاملاً وطلقها فلا بد من ثلاث سنين من يوم الطلاق لاحتمـال أن تتراب فتعـتد بالسنة فتأتيـها الحيضة قـبل تمام السنة بيوم أو يومين فترجع إلى الحيض ويصيبها كذلك فى السنة الثانية والثالثة ، فلا تنقضى عدتها إلا بعد ثلاث سنين .

ومن « **المدونة** » **قال مالك** : ولا توطأ المسبية من غير أهل الكتاب حتى تجيب إلى الإسلام بأن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله ، أو تصلى ، أو تجيب بأمر يعرف أنها قد دخلت فى الإسلام بعد الاستبراء .

قال ابن القاسم : وتجزئه حيضتها عنده قـبل الإسلام ، كمن اشترى مودعة عنده قد حاضت .

وإن كانت المجوسـية صغيرة لم تحض ، فإن كـانت ممن تعرف الإسلام لم يطأها حتى يجبرها على الإسلام ، وتدخل فيـه إذا كانت قد عقلت ما يقال لها ، ولا بأس أن يزوج الرجل عبده النصرانى أمته النصرانـية ، فإن أسلم العبد فالنكاح يفسخ ، إلا أن تسلم الأمة مكانها ، مـثل المجوسية يلم زوجها ، لأنه لا ينبغـى لمسلم عبد أو حر أن يتزوج ذمية ، فإن أسلمت الأمة فالعبد أحق بها إذا أسلم فى عدتها .

فصل

ولا يجوز نكاح المرتدة ولا المرتد ، لأن كل معنى إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه ، فإذا وجد فى الإبتداد منع العقد ، أصله الملك والرضاع .

قال مالك : وإذا ارتد الزوج انقطعت العصمة بينهما مكانه .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا ارتدت الزوجة انقطعت العصمة حينئذ ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾[1] يريد من كفر من أزواجكم . ولا تمسكوا بعصم أولئك الكوافر .

قال مالك : وردة الزوج طلقة بائنة ، ولا رجعة له إن أسلم فى عدتها .

قال فى كتاب العدة : وكذلك ردة المرأة طلقة بائنة .

ابن المواز : وقاله ابن القاسم وأشهب ، وبه أقول .

واختلف فيه قول أشهب فقال أيضًا : إن رجعت إلى الإسلام بقيت له زوجة .

وقال المغيرة : للزوج الرجعة إن رجع إلى الإسلام فى عدتها .

وروى عن مالك أن الردة فسخ ، رواه ابن أبى أويس وابن الماجشون .

قال ابن حبيب : **قال ابن الماجشون** : وإن ارتد الزوج ثم عاود الإسلام فى عدتها، ولو ثبت المرتد حتى انقضت عدتها ، لزمه فيها طلقة .

وكذلك لو أسلمت ثم أسلم بعد عدتها لزمته طلقة .

ابن سحنون عن أبيه فيمن رفع زوجته إلى الإمام ويقول : إنها ارتدت وهى تنكر.

قال : يفرق بينهما ، لأنه مقر بزوال العصمة .

وإن كان مسلم تحته نصرانية فقال : قد أسلمت وأنكرت هى ذلك ، فليفرق بينهما لإقراره بارتدادها .

---

(١) الممتحنة (١٠) .

ومن « المدونة » قال ابن شهاب : والأسير يعلم تنصره فلا يدرى أطوعًا أو كرهًا، فلتعتد زوجته يوقف ماله وسريته ، فإن أسلم عاد إليه ذلك كله إلا الزوجة فلا رجعة له عليها ، وإن مات قبل أن يسلم كان فى ماله حكم الإمام المجتهد .

يريد أنه يحكم بحكم المرتد .

وإن ثبت أنه كره ببينة لم تطلق عليه زوجته ،وكان بحال المسلم فى نسائه وماله ويرث ويورث .

قال بعض شيوخنا فى الذى لم يعلم ارتداده أطوعًا أو كرهًا ففرق بينه وبين زوجته ثم ثبت أنه أكره : فحاله فى زوجته كحال امرأة المفقود يقدم فإنه [ق/ ٨٤ / ٣ ب] أحق بزوجته ما لم يدخل بها الثانى ، فإن دخل بها بقيت له زوجة .

قال الشيخ : وهو عندى صواب ، لأن الحكم عليه بالفراق خوفًا أن يكون تنحى طائعًا كالحكم على المفقود خوفًا أن يكون مات ، فأمرهما متفق .

وعاب ذلك بعض أصحابنا وقال : ترد إليه وإن دخل بها الثانى كمسألة محمد فيمن قال : عائشة طالق ، وله زوجة حاضرة تسمى عائشة وقال : أردت زوجة لى غائبة بعيدة تسمى عائشة ، فلم يقبل قوله وطلق عليه الحاضرة ثم ظهر صحة قوله ، أن الحاضرة ترد عليه وإن تزوجت ، فكذلك مسألة الأسير .

قال الشيخ : ومسألة المفقود والذى أرتجع فى سفره فلم تعلم به أشبه بمسألة الأسير من هذه ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : وأن ارتد وتحته ذمية ، وقعت الفرقة بينهما بارتداده وحرمت عليه وإن ارتد إلى مثل دينها . ولو تزوج فى حال ارتداده ذمية لم يجز نكاحه إياها ، رجع إلى الإسلام أو لم يرجع .

قال ابن حبيب : إذا تزوج بعد أن حبس للاستتابة فسخ وإن قتل على ردته فلا صداق لها، بنى بها أو لم يبن ، مسلمة كانت أو نصرانية ، لأنه حجر عن ماله .

وإن رجع إلى الإسلام قبل أن يفسخ ثبت نكاحه خلافًا لما تقدم فى « المدونة » .

في كتاب محمد قال ابن القاسم : إذا تزوج فى حال ارتداده ،ودخل ومس فلا صداق لها .

قال أصبغ : وذلك عندى إذا تزوج بعد الحجر والتوفيق ، وإنما هو بمنزلة بيعه وشرائه .

قال أبو الحسن : معنى قول ابن القاسم عندى أنها كانت عالمة بارتداده ، ولو لم تعلم لم يسقط عن ماله ما يجب به استحلال فرجها ، ولو تزوجها بعد الحجر ما منعت فى ربع دينار ، ولكن لا يمكن ذلك لأنه مسجون ، ولو رجع إلى الإسلام كان لها جميع ما أصدقها ، تزوجها قبل الحجر أو عبده ، وإن كان أضعاف صداق المثل ، والنكاح مفسوخ على كل حال .

وذكر عن أبى القاسم ابن الكاتب أنه قال : لا صداق لزوجة المرتد التى تتزوج فى ردته ودخل بها ، سواء علمت بارتداده أم لا ، لأنه إذا قتل على ردته كان ماله للمسلمين ،لأنه بعد ارتداده محجور عن ماله ، إلا أن يعاود الإسلام ، ألا ترى أنه لا ينفق على ولده منه ، فدل أنه لا يملك التصرف فيه .

وقالوا فى نكاح المريض وإصابته زوجته إن صداقها يكون فى الثلث الذى له التصرف فيه ، ولما أجمعوا أن لا ثلث للمرتد يوصى فيه ولا ما يتصرف فيه دل إجماعهم أن لا صداق لزوجته ، علمت أو جهلت ، لأن جهلها لا يوجب لها حق فيما لا يمكله زوجها .

ومن « المدونة » : وإذا ارتد ثم رجع إلى الإسلام ، فإنه يوضع عنه كل ما كان لله عليه مما تركه قبل ارتداده من صلاة أو صوم أو زكاة أو كفارة أوحد ، وما كان عليه عن نذرًا أو يمين يعتق أو بالله أو بظهار فإن ذلك كله يسقط ، ويؤخذ بما كان للناس من قذف أو سرقة أو قتل أو قصاص أو غير ذلك مما لو فعله فيكفره لأخذ به . فإن قتل على ردته فالقتل يأتى على كل حد أو قصاص مما وجب عليه للناس ، إلا القذف فإنه يحد ثم يقتل ،وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف إن لم يحد له، وإذا أسلم [ق/ ١٠٦ / ٣ أ] المرتد لم يجز ما حج قبل ردته وليأتنف الحج لقول

الله تعالى : ﴿ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ ﴾ (١) ويستأنف الإحصان ، وقد تقدم هذا، وليستأنف بعد رجوعه إلى الإسلام ما كان يستأنفه الكافر إذا أسلم .

قال ابن القاسم : وهو أحسن ما سمعت .

وإن قتل المرتد لم يرثه ورثته من المسلمين ولا من أهل الدين الذى ارتد إليه،وميراثه للمسلمين ، وتبطل وصاياه قبل الردة وبعدها ، لأن الرجل إنما تجوز وصاياه فى ماله وهذا الملك ليس هو للمرتد ، وقد صار لجماعة المسلمين ، وماله حجر عليه إذا ارتد .

قال مالك : وإن ارتد المريض فقتل لم ترثه زوجته ولا يتهم أحد أن يرتد لئلا يرثه ورثته ، وميراثه للمسلمين .

وإن مات لمرتد أو لذمى أو لعبد ولد حر مسلم لم يرثوه ولم يحجبوه ، ثم إن أسلم المرتد أو الذمى أو عتق العبد قبل ألا يقسم ميراث الأبن ، فلا شىء لهم منه ، وإنما الميراث لمن وجب له يوم مات الميت ، وقد جرى كثير من أحكام المرتد فى كتب العبيد ، فذكر عن ابن الكاتب فى قوله : إذا ارتد وعليه يمين بالعتق فإنه يسقط .

قال : إنما ذلك فى العتق غير المعين ، وأما العتق لمعنى فقد انعقد عليه فى ماله حق لإنسان معين قبل ردته ولا يسقط ارتداده ، وقد قالوا : يلزمه تدبيره ، وكذلك يمينه بعتق معين .

قال الشيخ : ويظهر لى أن تدبيره كعتقه وطلاقه ، وذلك بخلاف أيمانه ، وكذلك المرتد ، والله أعلم .

وروى عن سحنون : أن ردته لا تسقط حد الزنى لأنه لا يشاء من وجب عليه حد أن يسقطه إلا أسقطه بالردة .

قال الشيخ : وظاهر هذا خلاف « المدونة » ، وأنا أستحب إن علم منه أنه ارتد ليسقط الحد فإنه لا يسقط ذلك عنه ، وإن ارتد لغير ذلك سقط [ق/ ٨٥ / ١٣ ب] عنه .

---

(١) الزمر (٦٥) .

ابن حبيب : قال أصبغ : إذا ارتد سقطت وصاياه ، فإن رجع إلى الإسلام ثم مات ، فإن كانت هذه الوصايا مكتوبة جازت وإلا لم تجز .

وروى على بن زياد عن مالك فى المرأة ترتد تريد بذلك فسخ النكاح أنه لا يكون طلاق وتبقى على عصمته .

قال الشيخ : وأخذ به بعض شيوخنا وهو كأشترائها زوجها تعتد فى فسخ نكاحها .

ابن المواز : وإذا وجد للمرتد امرأة فقال : تزوجتها في حال الردة ، وقالت هى: بل بعد أن رجع إلى الإسلام ، فالقول قولها ، لأنه مدعية للحلال ، ويفسخ نكاحها بإقراره ، ويحكم لها عليه بنصف الصداق .

تم كتاب النكاح الثالث من « الجامع » لابن يونس بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله .



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الرضاع

جامع ما يحل ويحرم من الرضاع

قال الله عز وجل : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ [(١)] ، وقال الرسول عليه السلام : « **يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة** »[(٢)] والإجماع على ذلك ، وسقط حديث خمس رضعات ، لأن عائشة رضى الله عنها التى روته خالفته ، واختلفت الروايات عنها فى عدد الرضعات ، وقد أخذت بعد الرسول عليه السلام بأكثر من خمس رضعات ، ولأنها أحالته على القرآن ، فلما لم يؤخذ القرآن بأخبار الآحاد بطل استعمال هذا الحديث ، إذ لا يكون قرآن مختلف فيه ولم يجتمع عن العمل به فيؤخذ بإجماع وحديث ابن الزبير « **لا تحرم المصة والمصتان** »[(٣)] وروى من طريق صحيح عن ابن الزبير عن عائشة ، فعلم أنه مستخرج من حديث خمس رضعات وما روى عنها فى توقيت ذلك من الإضطراب فسقط التوقيت بما ذكرنا ، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال : « **المصة والمصتان تحرم** » وقال : « **لا رضاع بعد فطام** »[(٤)] .

ابن وهب : وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلى بن أبى طالب رضي الله عنه وابن عباس وعبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله وغيرهم رضي الله عنهم : إن قليل الرضاعة وكثيرها يحرم فى المهر .

قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير : إذا كان فى الحولين فمصة واحدة تحرم ، وما كان بعد الحولين فلا يحرم .

قال عبد الوهاب : وأخذ الشافعى بحديث : « **خمس رضعات** » ودليلنا قوله تعالى : ﴿ **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ** ﴾[(٥)] فأطلق ، وقول النبى ﷺ : « **يحرم من**

---

(١) النساء (٢٣) .

(٢) أخرجه : البخارى (٢٥٠٢) ومسلم (١٤٤٧) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

(٣) أخرجه : مسلم (١٤٥٠) .

(٤) أخرجه : الدارقطنى فى « سننه » (٤ / ١٧٥) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٥) النساء (٢٣) .

الرضاعة ما يحرم من الولادة »[١] وتحريم النسب لا يفتقر إلى عدد من الولادات فكذلك الرضاع ، ولأن كل معنى أوجب حرمة مؤبدة فالمعتبر وجوده من غير عدد العقد والوطئ فاعتباراً بالخمس لعلة الارتضاع من آدمية فى مدة الحولين قبل الاستفتاح بالطعام .

ومن « المدونة » : قال مالك وغيره : ولا يحرم ما رضع بعد الحولين .

قال مالك إلا ما قارب الحولين ، ولم يفصل بمثل شهر أو شهرين .

قال غيره : لقول الله سبحانه : ﴿ **حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ﴾[٢] .

وروى عبد الحكم : وما زاد على الحولين بالأيام اليسيرة .

قال الشيخ : وهذا أصح ، لأن ما قرب من الشيء فله حكمه .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : ولو فصلته أمه بعد الحولين حتى استغنى بالطعام لم يحرم وأرضع بعد ذلك .

وكذلك لو فصلته بعد حول وانقطع رضاعه واستغنى بالطعام فأرضعته أجنبية بعد ذلك قبل تمام الحولين ، لم يكن ذلك رضاعًا يحرم .

ابن حبيب :وقال مطرف وابن الماجشون : يحرم إلى تمام الحولين .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : ولو فصل بعد الحولين بيسير أو قبل الحولين فأرضع بعد فصالة بيوم أو يومين يحرم إذ لم يستغن بالطعام ، إلا أن يقيم أيامًا يستغنى فيها بالطعام معاشًا له فلا يحرم .

قال مالك : ولو أرضعته أمه ثلاث سنين ولم تفصله ، ثم أرضعته أجنبية ، لم يكن ذلك رضاعًا يحرم .

قال ابن حبيب : وقد رأى بعض العلماء الأخذ برضاعة الكثير فى الحجابة خاصة لحديث سهلة بنت سهيل فى رضاع سالم وهو كبير .

قال ابن المواز : فلو أخذ به أحدٌ فى الحجابة خاصة لم أعبه كل العيب ، وتركه أحب إلينا ، وليس فى الحديث أنه يحرم دائمًا ، وإنما قال :« أرضعيه يذهب ما فى

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) البقرة (٢٣٣) .

وجه أبى حذيفة» ، وفى حديث آخر : « **تذهب غيرته** »[١] ، فليس تقوم بهذا حجة لمن أطلق التحريم ،وما علمت من أخذ به عامًا إلا عائشة رضى الله عنها ، وخالفها أزواج النبى ﷺ ، ورأين ذلك خاصًا لسالم ، واحتج لذلك الحديث بعض أصحابنا البغداديين بقوله عز وجل : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾[٢] ولقوله ﷺ [ق / ٨٦ / ٣ ب] : « **لا رضاع إلا ما فاتق الأمعاء**»[٣] ، وقوله عليه السلام : « **الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم** »[٤] وكل ذلك منتف عن رضاعة الكبير .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : والرضاع فى الشرك والإسلام سواء يقع به التحريم ، ولبن المشركات والمسلمات سواء يقع به الحرمة .

قال مالك : والوجور يحرم .

قال أبى زمنين والوجور بنصب الواو ما صب فى وسط الفم ، واللدود ما صب فى أحد جانبى الفهم مأخوذ من لديدى الوادى وهما جانبان .

ومن « المدونة » [ق / ١٠٧ / ٣ أ] قال ابن القاسم : والسعوط إن وصل إلى جوف الصبى فإنه يحرم .

وقال عطاء الخراسانى : لا يحرم السعوط ولا الكحل باللبن ، وروى مثله لابن عباس .

وأطلق ابن حبيب التحريم به .

وقول ابن القاسم أصح ، لأن الإعتبار فى الرضاع ما يقع به الاغتذاء ، وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر البدن ، وكذلك

---

(١) أخرجه : مسلم (١٤٥٣) .

(٢) البقرة (٢٣٣) .

(٣) أخرجه : ابن ماجة (١٩٤٦) والنسائى فى « الكبرى » (٥٤٦٦) من حديث عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما .
قال الشيخ الألبانى فى « صحيح ابن ماجة » (١٥٨٢) : صحيح .

(٤) أخرجه : أبو داود (٢٠٥٩) وأحمد (٤١١٤) والدارقطنى فى « سننه » (٤ / ١٧٢) والبيهقى فى « الكبرى » (١٥٤٣١) .
قال الشيخ الألبانى فى « صحيح أبى داود » (١٨١٤) : صحيح .

أطلق ابن حبيب التحريم بالحقنة ، وعلق ابن القاسم الجواب فيها بوصول اللبن إلى الجوف حتى يكون له غذاء ، وقول ابن القاسم أصح فى ذلك كله لما قدمناه ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : وإن بيع كحل فى لبن وكحل به للصبى ، فما كان دواء ينفذ مثل المر والصبى العنزروت وشبهه فإنه يحرم ، وما كان مما يبدد فى العين لم يحرم .

قال الشيخ : وسواد عند ابن القاسم كان مما ينفد أو يبدد فإنه لا يحرم ،لأنه لا يكون منه غذاء وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلا يحرم حتى تكون للصبى غذاء كما قال فى الحقنة .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإن حقن بلبن فوصل إلى جوفه حتى يكون له غذاء لو لم يطعم ولم يسبق فإنه يحرم وإلا فلا يحرم ،وقد قال مالك فى الصائم يحتقن إن عليه القضاء إن وصل ذلك إلى جوفه .

فى لبن الفحل والبكر واليائسة والبهيمة

وحرم الرسول عليه السلام بلبن الفحل وقال : « **لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك . فلا يضر أولادهم شيئا** »(١) .

قال مالك : فإنما تغيل اللبن ، ويكون فيه غذاء ، والوطء يدر له اللبن ويستنزله فهو يحرم قيل لمالك : فما الغيلة ؟

قال : أن يطأ الرجل امرأته وهى ترضع فليست بحامل . ولا يكون ذلك إذن لم ينه عنه النبى ﷺ ، وليس كما قال أناس : إن الغيلة أن يغتال الصبى فيرضع بلبن قد حملت عليه أمه ، فيكون لما أرضعته بذلك اللبن قد اغتالته .

قال ابن القاسم : فلم يكرهه مالك ، لأن النبى عليه السلام لم ينه عنه .

قال ابن الماجشون فى « الواضحة » : الغيلة وطء المرضع ، حملت أو لم تحمل ، أنزل الرجل أو لم ينزل بها .

وقال العرب : نتقيه شديدًا ، وتقول : لو لم يبق من عمر المغتل إلا يوم لتبين ذلك فيه بصرع فى جسم أو علة من سقم ، وإنما هم النبى عليه السلام بالنهى عنها لما

---

(١) أخرجه : مسلم (١٤٤٢) .

علم من ضررها .

قال أبو عمران : وما أدرى قوله : أنزل فيها أو لم ينزل ،وما الغيلة إلا الوطئ مع الإنزال ، إلا أن يريد أن ماءها هى يضعف اللبن .

ومن « المدونة » قال مالك : فلو أن امرأة رجل ولدت منه فأرضعت ابنه عامين ثم فطمته ثم أرضعته بلبنها بعد الفطام ، فهو ابن لزوجها .

قال ابن القاسم : ولو حملت من زوجها فأرضعته وهى حامل كان اللبن للفحل.

قال مالك : ولم تلد قط وهى تحت زوج فدت فأرضعت صبيًا قبل أن تحمل ، كان اللبن للفحل .

قال ابن القاسم : وإن طلقها زوجها وهى ترضع ولدها منه فانقضت عدتها وتزوجت غيره ثم حملت من الثانى فأرضعت صبيًا ، فإنه ابن الزوج الأول والثانى ، واللبن لهما جميعًا ، إن كان اللبن الأول لم ينقطع ، وقاله ابن نافع عن مالك .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أرضعت بلبن الزنا فهو ابن لها ، ولا يكون ابنًا للذى زنا بها ولو أرضعت صبية تزوجها الذى زنا بها لم أقض بفسخه ، وأحب إلىَّ أن يحتنبه من غير تحريم ، وأما ابنته من الزنا فلا يتزوجها وإن كان أجازة ابن الماجشون، وأباه أصبغ وابن عبد الحكم فى وطئ ومكروهه بيَّن لقول النبى عليه السلام لسورة فى الولد « **احتجبى منه** » (١)، قود ألحقه بأبيها وصار لها أخًا فى الميراث ويحجبها عنه لشبهه بعتبة فكيف يتزوجها عتبة لو كانت جارية .

وأما ابن الزنا فلا يحرم يريد من قبل الفحل .

وأما كل لبن من وطئ بفساد نكاح مما لا حد فيه أو وطئ لا يجوز بالملك ، فالحرمة تقع فيه من قبل الرجل والمرأة .

وكذلك لك اللبن فى ولد الملاعنة يحرم من الرجل والمرأة .

وقال ابن حبيب : [اللبن](٢) فى وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا ،

---

(١) أخرجه : البخارى (١٩٤٨) ، ومسلم (١٤٥٧) .

(٢) سقط من أ .

فالحرمة فيه من قبل الرجل والمرأة ، وكما لا يحل له ابنته من الزنا كذلك لا يحل له نكاح من أرضعته المزنى بها [ق / ٨٧ / ٣ ب] من ذلك الوطء لأن اللبن لبنه والولد ولده وإن لم يلحق به .

وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يحلق فيه الولد فلا يحرم لبنه من قبل فحله، ثم رجع إلى أنه يحرم ، وذلك أصح ، وقاله أئمة من العلماء .

وقال سحنون : كل نكاح حرام لا يحلق فيه الولد كنكاح الخامسة أو الأخت للرضاعة أو متزوجة وهو يعلم بزوجها وهو عالم بتحريم ذلك ، ولا يعذر بجهل ، أن الحرمة تقع فيه من قبل الرجل والمرأة .

قال : وقال عبد الملك : لا تقع بذلك حرمة حين لم يلحق به الولد ، ولا يحرم عليه الولد إن كانت ابنته .

قال سحنون : وهذا خطأ صراح ما علمت من قاله من أصحابنا غيره ، وقد أمر النبى عليه السلام سودة أن تحتجب من ولد ألحقه بأبيها لما رأى من شبهه بعتبة .

قال : وكذلك من زنا بها غصبًا ، فما أرضعت بذلك اللبن يحرم بذلك على الواطئ ، ولا يحرم عليه بذلك شيء عند عبد الملك .

قال عبد الوهاب : ودليلنا أن لبن الفحل يحرم : لقوله عليه السلام : « **يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة** »(١) ،وحديث عائشة ﵂ لما أبت أن تأذن لعمها من الرضاعة ، وقالت إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل ، فقال ﷺ : « **إنه عمل فليلج عليك** »(٢) ،ولأنها يشتركان فى الأبن ، ولأنه تحريم يثبت بالنسب فيثبت بالرضاع كتحريم الأمومة .

ومن كتاب ابن المواز : ويحرم بلبن الفحل ، فإذات أرضعتك امرأة كان زوجها أبوك من الرضاعة ، وأخوه من نسب أو رضاع عمك .

قال : وأبوك من النسب إن كان له أخ من الرضاعة فهو عمك من الرضاع ، ولو كان لعمك من الرضاع أخ من نسب أو رضاع آخر لم يكن بينك وبينه تحريم .

قال الشيخ : كما لا يكون بينك وبين أخت من أرضعته أمك تحريم ، وإن كانت

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه : البخارى (٤٩٤١) ،ومسلم (١٤٤٥) .

أخت أخيه من الرضاعة .

قال ابن المواز : وأخوك من النسب إن كانت له أخت رضاع فهى لك حلال وحلال لولدتك ، وهى أخت عمه وليست بعمة .

قال محمد : وأخوك من الرضاع يحل لك نكاح أخته من النسب والرضاع ما لم ترضعك أمها ، وإلا فلك نكاحها ونكاح أمها .

قال ابن حبيب عن ابن الماجشون : وإذا أرضعت امرأة صبيًا فكل ولد تقدم لها أو يكون لها أبدًا بولادة أو رضاع إخوة له وحرام عليه وهم حلال لأخوته .

قال الشيخ : فالأصل فى هذا أن كل من اجتمعا على ثدى واحد فهما أخوة رضاع ، والتحريم واقع بينهما ، وأما أخو أخيك من الرضاع فأجنبى منك إذ لم ترضع أنت أمه ، وحلال لك أمه وأخته ، هو كما تقدم لمحمد بن المنذر ، أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن حكم لبن الزوج الأول ينقطع إذا ولدت من الزوج الثانى ، وإنما الاختلاف إذا حملت من الثانى ولم تلد [ق / ١٠٨ / ٣ أ] .

وفى كتاب محمد عن مالك [خلاف] [(١)] ما ذكر ابن المنذر أنها وإن وضعت من الثانى لا ينقطع حكم لبن الأولى إذا لم ينقطع اللبن .

وذكر عن أبى عمران أنه قال : لم يختلف أصحابنا فى التى تتزوج فى العدة ، ويدخل بها الزوج فتلد ولد الأول من ستة أشهر ، أن لبن هذا الولد للزوجين جميعًا .

وكذلك إذا بقى الولد أحد الزوجين أو كلاهما أن اللبن لهما .

وذكر أن سحنون يقول : إذا طلق الزوج زوجته فتمادى بها اللبن ،أنها إذا جاوزت خمس سنين ، وهى المدة التى تلحق فيها الأنساب ولا يكون اللبن للزوج .

قال أبو محمد عمران : وما أعرف هذا لسحنون ولم أره فى كتاب ابنه ، وقد استقصى الرضاع فيه ، فإن كان هذا صحيحًا ، فإنما حد هذا لأن الرضاع لا يكون أقوى من النسب ، فإذا انقطع النسب لذلك فانقطاع الرضاع أحرى ، ويصير كأن هذا اللبن من رجل آخر ، أو يكون هذا خلفه فى المرأة ، فلا يكون ذلك من قبل الزوج.

---

(١) فى ب : خالف .

وقد يعترض على هذا بالتى أسنت وقعدت عن الولد فتزوجت فدرت ثم طلقها الزوج أو لم يطلقها ، أليس اللبن له ، فليس العلة الحمل ، فترجح الشيخ فى ذلك، وكأنه نحا إلى قول إلى أن قول سحنون خلاف « للمدونة » ، إذ ذكر فيها إذا لم ينقطع اللبن من غير حد ، والله أعلم .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا درت بكر لا زوج لها أو يائسة من المحيض فأرضعت صبيًا ، فهى أم له ، لأن لبن النساء يحرم على كل حال .

وفى كتاب ابن الجلاب فى الصغيرة التى لا يوطأ مثلها : إن لبنها لا يقع به حرمة .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : لو أن امرأة درت من ثديها ماءً فأرضعت صبيًا ، فلا يحرم به ، ولا يحرم إلا اللبن الذى يكون له غذاء يغنى عن الطعام ، فأما ماء أصفر ونحوه فلا .

قال : وإن أرضع رجل صبيًا ، ودر عليه ، لم يقع به الحرمة لأن الله عز وجل قال : ﴿ **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ** ﴾(١) ، فإنما يحرم لبن بنات آدم لا ما سواه .

قلت : فلو أن صبيتين غذيتا بلبن بهيمة أتكونا أختين ؟

قال : لا يكون الحرمة فى الرضاعة إلا بلبن بنات آدم [ق / ٨٨ / ٣ ب] لا ما سواه .

قال : وإذا حلب من ثدى المرأة لبن ثم ماتت فأوجر بذلك اللبن صبى ، أو حلب من لبنها بعد موتها ، فأوجر به صبى ، فالحرمة تقع بذلك ، ولبنها فى موتها وحياتها سواء .

وكذلك إن دب صبى وهى ميتة فرضعها ، وقعت به الحرمة إذا علم أن فى ثديها لبنًا وأنه قد رضعها ، ولا يحل اللبن فى ضروع الميتة .

قيل : فكيف أوقعت الحرمة بلبن هذه المرأة الميتة ولبنها لا يحل ؟

فقال : لأن من حلف أن لا يشرب لبنًا فشرب لبنًا ماتت فيه فأرة أو شرب لبن

---

(١) النساء (٢٣) .

شاة حية ، أنه حانث إلا أن ينوى اللبن الحلال ، ونكاح الأموات لا يحل ويحد من وطئ ميتة .

ابن المواز : ولا صداق عليه .

قال بعض البغداديين : وهذا يدل على أن لبن الميتة يحرم ، قوله عليه السلام : «**لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء**»(١) ، وقوله : «**الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم**»(٢) ، ولأن الاعتبار فى الرضاع وقوع الاغتذاء به ،وذلك كله موجود فى لبن الميتة .

ومن « المدونة » قال مالك : ولبن المرأة إذا جعل فيه طعام حتى يغيب اللبن فيه ، أو صنع فيه طعام فكان الطعام الغالب عليه ، ثم طبخ على النار حتى غاب اللبن ، أو صب فى اللبن ماء حتى غاب اللبن وصار الماء الغالب ، أو جعل فى اللبن دواء فكان اللبن فى ذلك الدواء ، فأطعم الصبى ذلك أو سقيه ، لم تقع به الحرمة ،لأن اللبن قد ذهب ، وليس فيها أكل أو شرب لبن يكون به عيشه .

ابن حبيب : وقال مطرق وابن الماجشون : إنه يحرم ، وإن غلب عليه ما مزج معه .

قال عبد الوهاب : وهذا قول الشافعى ، وقول ابن القاسم هو قول أبى حنيفة.

فوجه قول ابن القاسم أن إستهلاك اللبن يبطل حكمه ، إذ لا يحنث به الحالف أن لا يشرب لبنا ، ولأن تعلق التحريم بالكثير كتعلق وجوب الحد بشرب الخمر ، ثم ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكه فى الماء أنه لا يحد شاربة .

ووجه قول مطرف وابن الماجشون : أن اختلاط اللبن لا يبقى حكمه كما لو لم يستهلك فيه ، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار فى الرضاع الغذاء ،وليس فى هذا المستهلك غذاء .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : ولو أن امرأة من ثديها ماء أصفر

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

ونحوه فأرضعت به صبيًا ، فلا يحرم به ، ولا يحرم إلا باللبن الذي يكون به الغذاء أو يغنى عن الطعام .

في الشهادة على الرضاع وفى الإقرار

وحض النبى ﷺ على اجتناب الشبهات ، ولقد ألحق الولد بزمعة لفراشه ، وأمر سودة بنت زمعة أن تحتجب منه لما رأى من شبهة بعتبة مدعيه ، وهذا من توقى الشبهات .

قال مالك :وإذا قالت امرأة عدلة : كنت أرضعت فلانًا وزوجته ، لم أقض بفراقها .

ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب .

قال ابن القاسم : وإن عرف ذلك من قولها قبل النكاح لم يفرق بينهما .

قال مالك : ويؤمر بالتنزه عنها إن كان يثق بقولها .

ولو شهد بذلك امرأتان بعد العقد ، وهما أم الزوج وأمالزوجة أو أجنبيتان لم يقبل قولهما ، إلا أن يكون ذلك قد فشى من قولهما قبل النكاح عند الأهلين والجيران ، فيقضى بالفراق بينهما .

قال ابن المواز : وإذا لم يكن ذلك من قولها فاشيًا ، وأحب إلىَّ أن ينزه نفسه عنها ويتورع .

وذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره : أنه يقضى بالفراق وإن لم يكن قولهما فاشيًا .

قال : وكذلك رجل وامرأة واحدة ، وإن لم يكن فاشيًا فى الأهلين إذ اقاموا حين علموا بالنكاح ، ولم يأت عليهم حال يتهمون فيها ، وقاله أصبغ وعليه جماعة من الناس .

ومن « المدونة » قال مالك : ولو خطب رجل المرأة ، فقالت له امرأة : قد أرضعتكما ـ وفى رواية ـ يحيى : فقالت له أم المرأة : قد أرضعتكما .

قال مالك : فليتنزه عنها على وجه الاتقاء لا على وجه التحريم ، فإن تزوجها لم يفرق القاضى بينهما .

وإن قال الأب : رضع فلان أو فلانة مع ابنى الصغير أو ابنتى ، ثم قال : أردت اعتذارًا ، وقال : كنت كاذبًا ، لم يقبل منه .

قال ابن القاسم : فإن تزوجها فرق القاضى بينهما ويؤخذ بإقراره الأول ، كالمقر على نفسه ، لأنه هو العاقد عليها .

قال فى كتاب النكاح الثانى : ومن اشترى جارية أو أراد شراءها ،وخطب امرأة فقال له أبوه: قد نكحت الحرة أو وطئت الأمة بشراء ، وأكذبه الأبن ، فلا يقبل قول الأب ، إلا أن يكون ذلك من وقوله فاشيًا قبل الشراء أو النكاح ، فأرى له أن يتنزه عنها، ولو فعل لم أقض عليه .

قال الشيخ : لأنه ليس هو العاقد عليه ، فيؤخذ بإقراره .

وقال مالك : الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول قد أرضعت فلانة [ق / ١٠٩ / ٣ أ] [ق / ٨٩ / ٣ ب] فلما كبرت أراد الأبن تزويجها فلا يفعل .

قال الشيخ : فإن فعل لم يقض بفراقها ، لأن الأم ليست بعاقدة فتؤخذ بإقرارها.

ومن الرضاع : وإذا أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة قبل أن يتناكحا فسخ نكاحهما إذا شهدت على إقرارهما بذلك بينة .

قال ابن القاسم : وليس قول الرجل : هذه أختى ، أو قول المرأة : هذا أخى ، كقول الأجنبى فيهما ، لأن إقرارهما على أنفسهما بمنزلة البينة القاطعة .

قال أبو القاسم ابن الكاتب : وإذا قالت المدخول بها لزوجها : إنك أخى من الرضاعة ، وصدقها يجب أن يرجع عليها بجميع الصداق إلا ربع دينار ، كالتى غرت من نفسها وتزوجته فى العدة ، ولو لم يصدقها لم يقبل ذلك منها ، لأنها تتهم على فراقه ، ولو لم يدخل بها وصدقها ولم يترك لها شيء من الصداق .

وإذا قالت الأم رجل : أرضعتك مع ابنتى ، ثم قال : كنت كاذبة أو معتذرة ، لم يقبل قولها الثانى ، ولا أحب لها أن يتزوجها .

قال ابن المواز : فإن تزوج هذا الرجل هذه الصبية بعد قول أمها هذا فرق القاضى بينهما ، وقاله ابن حبيب .

قال أبو محمد وغيره : إنما يؤمر بالتنزه عنها فى غير قضاء بخلاف قول الأب ،

وهو مذهب « المدونة » .

والفرق بين الأب وبين الأم فى هذا القول ، فلأن الأب هو العاقد على ابنه الصغير وعلى ابنته الصغيرة فصار ذلك كإقرار على نفسه .

فإن قيل : يلزم عليهذا ألا يقبل فى ابنه الكبير لأنه يعقد على نفسه .

قيل : قد مر به حال لا يعقد عليه إلا الأب فهو على ذلك .

قال ابن المواز : قول أحد الأبوين أو أحد الزوجين قبل النكاح مقبول ويفسخ به النكاح وإن لم يفش فى المعارف ، ولا يقبل بعد النكاح قول الأب أو الأم وإن كانا عدلين ، ولا قول الجارية ولا امرأتين عدلين من غير أمر فاش ، ويؤمر بالتنزه عنها ، وإن كان مع المرأتين أمر فاش فى المعارف قضى بالفسخ وأم الزوج وأم الزوجة بعد النكاح كالأنبيين ، والأجنبيات قبل النكاح وبعده سواء .

فيمن يحرم نكاحه بالرضاع من النساء

قال الرسول عليه السلام : « **يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة** »(١) .

قال ابن القاسم : ولايجمع بين المرأة وعمتها وخالتها من الرضاعة كالولادة .

قال مالك : والملك ، والتزويج فى الرضاع سواء فى الحرمة ، والأحرار والعبيد في حرمة الرضاع سواء ،ويحرم على الرجل امرأة أبيه وابنه من الرضاعة كالنسب .

ومن تزوج صغيرة بعد صغيرة فأرضعتهما أجنبية فليختر واحدة ويفارق الأخرى، ولا يفسد نكاحهما كما يفسد عقد متزوج الأختين فى عقده لفساد العقد فيها وصحته فى هاتين ، ولو تزوج أربع مراضع فأرضعتهن كلهن ، فله أن يختار أولهن رضاعًا أو آخرهن أو من يشاء ويفارق البواقى .

فإن أرضعت واحدة منهن فهن على نكاحهن ، وإن رضعت ثانية اختار أيتهن شاء وفارق الأخرى ، فإن فارق الثانية ثم أرضعت رابعة حبس الثالثة إن شاء أو الرابعة وفارق الأخرى .

وإن أرضعتهن كلهن قبل أن يختار واحدة منهن ، فله أن يختار واحدة منهن إن شاء ، أولهن رضاعًا أو أخرتهن أو ما شاء منهن ويفارق البواقى .

---

(١) تقدم تخريجه .

قال أبو محمد وابن القاسم: لا يرى لمن اختار فراقها من الأربع صداق كالفسخ.

وقال ابن المواز : يعطيها ثمن صداقها ، إذ لو فارقهن جميعًا لم يكن لهن إلا نصف صداقها ، لأنه طلاق باختياره وليس كالفسخ .

ابن القابسى : ومن اختار فرقها فهو فسخ بلا طلاق عند ابن القاسم ، لأنه لا يرى لها صداق ، ومن رأى لهن من الصداق شيئا أوجب عليه فى كل واحدة طلقة.

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وعلى قول ابن القاسم يكون فراقه طلاقًا ، لأنه هو الذى اختار الفسخ فيمن أراد منهن .

يريد : وليس كل مرضع يكون الفراق بطلاق يلزم فيه الصداق ، بل يوجد فى غير ما مسألة الفسخ بطلاق ، ولا يكون فى ذلك صداق فاعتبر ذلك تجده .

قال الشيخ : ولا شيء على المرضعة لهن من الصداق وإن تعدت على ذلك على مذهب ابن القاسم ، لأن الزوج لم يجب عليه صداق ، لأنه غير مطلق .

وأما على قول من يرى لهن شيئا من الصداق ، فيجب للزوج الرجوع على المتعدية لما غرم ، كرجوعه على الشاهدين عليه بالطلاق قبل البناء إذا رجعا عن شهادتهما ، وقاله ابن الكاتب .

قال بعض فقهائنا : ولو مات الزوج قبل أن يختار واحدة من الأربع لم يجب عليه إلا صداق واحد للجميع ، وتتفق ها هنا الأقوال كلها ، لأن واحدة يصح نكاحها والثلاث محرمات ، فوجب عليه صداق واحد يقيم على سائرهن ، ولو طلق الأربع قب أن يختار لوجب عليه نصف صداق يقسم على سائرهن ، وتتفق الأقوال أيضًا ، فتدبر ذلك .

ابن حبيب : وكذلك المجوسى يسلم وعنده عشر نسوة لم يبن بهن ، فيختار أربعًا منهن ، أنه يعطى لكل من فارق نصف صداقها .

ومن « المدونة » [ق / ٩٠ / ٣ ب] .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة ورضيعتين فى عقدة وسمى لكل واحدة صداقها ، أو فى عقود مفترقة ، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة وهى في عصمته أو بعد أن فارقها ، حرمت الكبيرة للأبد ، لأنها من أمهات نسائه ، ولا

تحرم عليه الصغيرة المرضعة لأنها من الربائب اللاتى لم يدخل بأمها .

وإن كان بعد بنائه بها بالكبيرة حرمت للكبيرة والصغيرة ، وللكبيرة الصداق بالمسيس ، ولا صداق للصغيرة ، تعمدت الكبيرة الفساد أو لم تتعمده .

ومن كتاب ابن المواز : ومن نكح امرأة فمسها أو تلذذ منها ثم فارقها فبعد عشرين سنة تزوج رضيعة ، فأرضعتها تلك المرأة التى كانت له زوجة لحرمت الرضيعة عليه ، ولو أرضع زوجته الرضيعة نساء أهل الأرض لحرمن عليه ، لأنهن يصرن أمهات نسائه والرضيع إذا زوجه أبوه أو وصيه امرأة ثم فارقته زوجته فتزوجت رجلاً، فأولدها ثم أرضعت الصبى الذى كان زوجها وهو فى الحولين لحرمت على زوجها ، لأنها من حلائل أبنائه ، إذ صار هذا الصبى ابنًا له من الرضاعة .

وكذلك فى « العتبية » عن ابن القاسم .

ومن « المدونة » : ومن تزوج صبية فأرضعتها أمه أو أخته أوجدته أو ابنته أو ابنه ابنه أو امرأة أخيه أو ابنة أخيه أو ابنة أخته ، وقعت الحرمة بذلك وفرق بينهما ولا صداق للصبية على الزوج ولا على التى أرضعتها ، وإن تعمدت ذلك ، ولكن تؤدب [ق / ١١٠ / ٣ أ] المتعمدة .

قال مالك : وكل ما فسد من نكاح من حرم بالرضاع بعد البناء ، فلها المسمى ولا يلتفت إلى صداق مثلها .

جامع القول فى الظؤرة

ومن كتاب ابن حبيب روى أن النبى عليه السلام نهى عن استرضاع الفاجرة وأنه عليه السلام قال : « **اتقوا إرضاع الحمقاء فإنه يعدى** » .

قال عمر بن الخطاب ﷺ : إن اللبن ينزع لمن يسترضع فليستحسن وروى أن النبى عليه السلام أباح استرضاع النصرانية .

وقال مالك : لا بأس باسترضاعها إن أمنت ما تغذى به الولد من خمر وخنزير ، وقد يكون فى النصرانية طباع حسنة من عفاف وسجاء ومحاسن أخلاق وليس الطباع فى الدين وهى في الغرائز .

ومن « المدونة » : وكره مالك اتخاذ الظؤرة من اليهود والنصارى والمجوس من غير أن يرى ذلك حرامًا .

وقال : إنما غذاء الصبى مما يأكلن ، وهن يأكلن الخنزير ويشربن الخمر ولا آمرها أن تذهب بالصبى إلى بيتها فتطعمه ذلك ، وكره استرضاع الفاجرة ولم يحرمه .

فى رضاع الولد وأجر الرضاع فى الطلاق وغيره

قال الله تعالى : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ﴾(١) ، وقال الله تعالى في المطلقات : ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ **فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ** ﴾ (٢)، فدل بذلك أن ذوات الأزواج يلزمهن رضاع أولادهن دون المطلقات ، لأن العرف جارٍ فى أغلب أحوال الناس أن المرأة تلى رضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجره ، والعرف كالشرط .

قال مالك : فتخير ذات الزوج على رضاع ولدها بلا أجر ، إلا أن تكون ممن لا ترضع لشرفها فدل ذلك على [الزوج](٣) .

---

(١) البقرة (٢٣٣) .

(٢) الطلاق (٦) .

(٣) بياض فى أ ، ب .

قال الشيخ : لأن العرف أن ذوات القدر والشرف لا يكلفن رضاع أولادهن ، فإن ذلك على الزوج ، والعرف كالشرط .

قال مالك : وإن مات الأب وللصبى مال ، فلها أن لا ترضعه وتستأجر له من يرضعه من ماله ، إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله .

قال مالك : وإن لم يكن للصبى مال لزمها رضاعه .

يريد : وإن كان يقبل غيرها ، بخلاف النفقة التى لا يقضى بها عليها ، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال .

وقال عبد الوهاب : إذا لم يكن للصبى مال لم يلزمها رضاعه ، وهو من فقراء المسلمين ، إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر حينئذ على رضاعه ، لأن جعله من فقراء المسلمين إضرار به ، وقد لا يتكفل به أحد فيكون فى ذلك إتلافه .

وقد قال الله تعالى : ﴿ **لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا** ﴾[1] .

قال الشيخ : وكذلك يقول إن قبل غيرها وليس له مال ، أنه يلزمها رضاعه ، لأن جعله من فقراء المسلمين إضرار به ، وقد لا يتكفل به أحد ، فيكون فى ذلك إتلافه ، وقد قال الله عز وجل : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ﴾[2] .

وقد قال مالك فى غير « المدونة » وإذا لم يكن لليتيم مال وليس للأم لبن ، أو لها لبن لا يكفيه لرضاعه ، فعليها رضاعه ، بخلاف النفقة .

ابن المواز : لقول الله عز وجل : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ** ﴾[3] .

قال الشيخ : قال ابن الكاتب : واستدل سحنون أن على الأم رضاعة إذا لم يكن له مال [ق / ٩١ / ٣ ب] ولا أب لقول النبى ﷺ للتى اعترفت بالزنا « **اذهبى فأرضعيه** »[4] قال : وأخر النبى ﷺ الحد لرضاع ولدها ، وأمره لها على الوجوب عليها إذ لا يؤخر حد وجب لأمر يتطوع به .

---

(١) البقرة (٢٣٣) .
(٢) البقرة (٢٣٣) .
(٣) البقرة (٢٣٣) .
(٤) أخرجه : مسلم (١٦٩٥) .

وقال إسماعيل القاضي : إنما وجب على الأم رضاعه لقول الله عز وجل : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾(١) ولا يسقط ذلك عنها ما كان يجب لها على الزوج من النفقة والكسوة ، لقوله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾(٢) ، لأن الأب مات عديمًا أو أعدم وهو حي ورضاعها قائم في ثديها ، فإن انقطع درها بمرض أو غيره لم يكن عليها سبيل ، فإن خيف عليها الموت لعدم الرضاع وجب عليها أن تستأجر من مالها من يرضعه ، وذلك من باب الإعانة ، لأن من خاف على جائع أو عاطش الموت وجب عليه أن يطعمه ويسقيه إن أمكنه ذلك ،وكذلك كل مضطر فإن إعانته واجبة .

ومن « **المدونة** » **قال** : والرضاع عليها إن طلقت [طلاقًا](٣) فيه رجعة إن كانت ممن يرضع مثلها ما لم تنقض العدة ، فإذا انقضت ، أو كان طلاقًا بائنًا . ولو لم تنقض العدة فعلي الأب أجر الرضاع .

قلت : فإن قالت بعد ما طلقها البتة : لا أرضعه إلا بمائة درهم كل شهر وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين .

قال : **قال مالك** : الأم أحق به بما يرضع به غيرها ، وليس للأب أن يفرق بينه وبينها ، فإن أبت أن ترضعه بذلك ولا حق لها إلا أن يكون الولد لا يقبل غيرها وخيف عليه الموت ، فإنها تجبر على رضاعه بأجر مثلها .

وقوله : إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين ، وقالت الأم : لا أرضعه إلا بمائة.

فقال مالك : الأم أحق به بما يرضعه به غيرها .

يريد : بأجر مثلها لا بخمسين وقاله بعض القرويين ، وإليه رجع ابن الكاتب وهو الصواب ، وسواء وجد من يرضعه غير الأم أم لا ، لأنها وإن كانت عند الأم فهي التي تباشره بالرضاع والمبيت وذلك تفرقة بينه وبين أمه ، فلذلك كانت أمه أحق به بأجر مثلها ، وهذا بين .

(١-٢) البقرة (٢٣٣) .

(٣) سقط من أ .

قال مالك : ولو كان الأب معدمًا لا يجد شيئا وقد طلقها ثلاثًا ، فوجد من قرابته من يرضعه باطلاً ، فله ذلك ، ويقال للأم : إما أن ترضعيه باطلاً وإلا فأسلميه .

وكذلك إن كان الأب ليس بالواجد لا تهوى إلا على دون الأجر وأصاب من يرضعه بدون ذلك ، فللأم أن ترضعه بما وجد أو تسلمه إن قبل غيرها .

وإن كان الأب موسرًا ووجد من يرضعه باطلاً ، فليس له ذلك ، وللأم أن ترضعه بمثل ما يرضعه به غيرها .

قال ابن المواز : وكذلك إن وجد الملى من يرضعه بدون الأجر ، فللأم أخذه بجميع الأجر ومن الذى اختاره من قول مالك .

وروى عنه أنها لا تأخذه إلا بما وجد ، والأول أحسن ، قد قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] .

تم كتاب الرضاع بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا

---

(١) الطلاق (٦) .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب إرخاء الستور

[ق / ١١١ / ١٣ أ] فى تداعى المسيس بعد إرخاء الستر

قال أبو محمد بن يونس : ولما ارتفع أن توجد البينة فى إرخاء الستر صدقت عليه فى الوطء ، كما صدق المعترض فى دعوى الوطئ مع ما نص الله عز وجل من تصديقهن على أمور الأرحام ، وقطع ما أوجب من الرجعة للأزواج بقولهن لقول الله سبحانه : ﴿ **وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ** ﴾(١) ، واحتج فى ذلك زيد بن ثابت أنها تصدق فى حمل إن ظهر بها، وقضى به عمر بن الخطاب ، وقاله على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة والتابعين .

قال ابن أبى زمنين : المراد بذكر إرخاء الستور خلوة الرجل بأهله والتخلية بينه وبينها ، ولم يرد به إرخاء الستر ولا غلق باب ، وسواء فى هذا الأصل كانت المرأة صغيرة أو كبيرة ، بكرًا أو ثيبًا ، يتيمة أو ذات أب ، ممن يولى عليها أو لا يولى عليها ، حرة أوأمة ، مسلمة أو نصرانية ، فالقول فى ذلك قولها وعليها ، وإن لم تبلغ الصغيرة المحيض إذا بلغت الوطئ ، ولا كلام للأب فى ذلك ولا للوصى ، لأن هذا مما لا يعرف صدقه ولا كذبه إلا بقولهن ، فهن فيه مأمونات مقبول قولهن ، كما هن مأمونات على الحيض والعدة والسقط والولادة ، فقد جعل الله ذلك إليهن فى قوله تعالى : ﴿ **وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ** ﴾(٢) ، كذلك قال عبد الملك فى جميع هذا .

وذكر عن سحنون أنه قال : إن كانت بكرًا أو أمة فلا قول لها أن الزوج لم يطأ بل يكون لها صداقها كامل أن يكون والد البكر يجبر تصديقها .

يريد : وكذلك سيد الأمة إذا أجاز تصديقها ، ولا يكون ذلك لولى أو وصى في البكر ، ولا يحلف الولى فى هذا ، بخلاف الاختلاف فى الصداق ، لأن الوطء لا يعلم إلا [ق / ٩٢ / ٣ ب] من جهتها ، وأما في الصداق فالولى هو الذى عقد

(١-٢) البقرة (٢٢٨) .

النكاح ، فيحلف ولى البكر فى ذلك على ما عقد به النكاح من الصداق الذى يذكره.

ومن « المدونة » قال مالك : ومن تزوج امرأة ودخل بها وأرخى الستر عليها ثم طلقها واحدة فقال : لم أمسها ، وصدقته فلها نصف الصداق وعليها العدة ، ولا رجعة له ، وإنما لم يكن لها إلا نصف الصداق لقوله تعالى : ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾(١) وإنما كان عليها العدة لأنها حق لله ولا يسقطه إقرارهما ، وإنما لم تكن له رجعة لأنه أقر أنه لم يمسها وأنه لا عدة عليها عنده ، والرجعة إنما تكون فيمن تعتد منه لقوله تعالى : ﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحًا** ﴾(٢) يعنى العدة ، فلما لم تكن عليها عدة عنده لم يكن له عليها رجعه .

ومن « المدونة » قال مالك : وكذلك إن تصادقا أنه قبل أو باشر أو جرد أو وطئ دون الفرج ، فإنما لها نصف الصداق ، إلا أن يطول مكثه معها يتلذذ بها .

وقال ناس : لها نصفه قال مالك : وكذلك الذى لا يقدر على امرأته فيضرب له أجل سنة ، أن عليه الصداق كاملاً إذا فرق بينهما .

وقال ناس أيضًا : لها نصفه .

فوجه قول مالك : فلأنه لما طالت إقامته معها وتلذذ بها ، فأشبه الوطئ فى الفرج .

ووجه القول الآخر : فلأنهما متقارران على نفى المسيس ، وقد قال الله تعالى : ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾(٣) .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا قال الزوج بعد أن دخل بها وأرخى الستر عليها: لم أجامعها ، وقالت المرأة : قد جامعنى ، صدقت ليه ،كان الدخول عنده أو عندها إذا كان دخول اهتداء ، وعليه المهر كاملاً .

قال ابن المواز : وعلى المرأة اليمين فى ذلك ، فإن نكلت حلف الزوج ولم يلزمه

---

(١) البقرة (٢٣٧) .

(٢) البقرة (٢٢٨) .

(٣) البقرة (٢٣٧) .

لها إلا نصف الصداق ، وإنما جعل الستر كالشاهد ، وكذلك في كتاب ابن الجهم.

وقال مالك : فى التى تعلقت برجل وهى تذمى : إن لها الصداق بغير يمين .

وقال فى « الواضحة » : عليها اليمين . فوجه ألا يمين عليها : فلأنها قد بلغت من فضيحة نفسها وأتت بشاهد الإفتضاض وهو الدم ، فقام ذلك مقام الشاهدين ، فوجب تصديقها عليه بغير يمين .

ووجه إيجاب اليمين : أن تعلقها به وظهور الدم عليها يقوم لها مقام الشاهد كإرخاء الستر على الزوجة وتسليمها للزوج ، فلا يكون أحسن حالاً من الزوجة إذ قد يحتمل فى هذه أن كيون غيره فعله بها ثم فرَّ عنها فتعلقت بهذا ، أو تكون كانت راضية له ولما افتضها تعلقت به ، فلا بد أن يكون عليها اليمين ، وهذا عندي أعدل.

ومن « المدونة » قال مالك : وإن خلا بها فى بيت أهلها غير دخول البناء ، فطلقها وقال : لم أطأ ، وقالت المرأة : قد مسنى ، صدق الزوج ، إلا أن يكون دخوله عليها دخول الاهتداء والاهتداء هو البناء .

قال مالك : وكان ابن المسيب يقول : إذا دخل الرجل بامرأته فى بيتها صدق عليها ، وإن دخلت عليه فى بيته صدقت عليه .

قال مالك : وذلك فى المسيس .

قال ابن المواز : وكان مالك مرة يأخذ بقول ابن المسيب أنه إذا خلا بها فى بيتها من تصدق عليه إلا بدخول الاهتداء ، وبه أخذ ابن القاسم .

وروى ابن وهب عن مالك أيضًا أنه قال : حيثما أخذهما الغلق وإن كانت زيادة ، فالقول قول المرأة ، وبه أخذ ابن وهب وأشهب وأصبغ ، وهو أشبه بحديث ابن عمر .

قال عبد الوهاب : وقيل : إن كانت ثيبًا فالقول قولها ، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء ، فإن رأين افتضاضًا صدقت عليه ، وإن لم يرين اقتضاضًا لم يكن لها إلا نصف الصداق .

فوجه الأولى : أن النزاع فى التداعى يرجع إلى العرف ، والعرف جارٍ بأن الرجل ينقبض فى غيا بيته إذا كان زائرًا غير مطمئن ، ولا ينشط ، ويستحى من إطلاع أهلها ، فكان القول قوله فى أنه لم يطأ لشهادة العرف . وإذا خلا بها فى بيته

كان القول قولها ، لأن العرف يصير معها ، لأن الإنسان ينشط فى بيته ولا ينقبض ، والعدة إقدامه على الوطئ ولا يتوقف عنه ، فلذلك صدقت عليه .

ووجه الثانية : أنها فعلت التسليم والتمكين من الاستمتاع ، وليست منسوبة إلى تفريط بترك التوثيق بالإشهاد ، إذ لا يمكنها ذلك ، فلو لم تصدق عليه لأدى ذلك إلى أن لا يثبت على أحد صداق بوطء إلا باعترافه ، وفى ذلك إضاعة المهور وعوض الاستمتاع .

ووجه الثالثة : أنه إذا وجدنا إلى طريق اليقين سبيلا كان أولى من الظن ، وذلك ممكن فى البكر على ما ذكرنا من اختبارها بنظر النساء إليها ،وجاز ذلك للضرورة كالعيوب ، ولما لم يكن ذلك فى البيت رجع إلى قوله ،وكل من حكم بقوله فلا بد من يمينه ،وهذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق ، فأما العدة فإنها تجب ولا تسقط لأنها حق الله تعالى ، فلا يقبل قولها فى إسقاطها .

ومن « المدونة » قال ربيعة : الستر بينهما شاهد على ما يدعيان ، وله الرجعة إن قال : وطئتها .

قال ابن المواز : الموضع الذى يقبل فيه قولها فى إيجاب [ق/ ٩٣ / ٣ ب] الصداق يقبل قوله فى إيجاب العدة عليها ، وله الرجعة ، وفى دعواه دفع الصداق إليها .

وبيان كلام محمد أن الرجل إذا خلا بها فى بيته وكانت خلوة بناء فى بيت أحدهما فى رواية ابن القاسم ، أو كانت خلوة فى بيت أحدهما فى رواية ابن وهب، أن القول قول الزوجة فى أنه وطئها وأن لها الصداق كاملاً ، وأنها إن أنكرت الوطئ فى هذه المواضع وادعاه الزوج كان عليها العدة ، وكان له الرجعة فيها ، ويصدق فى دفع الصداق إليها، وإنما تكون له الرجعة إذا ادعى وطئًا صحيحًا .

قال ابن القاسم فى « العتبية » : إن دخل بها ووطئها وهى حائض ثم طلقها بعد طهرها ، فلا رجعة له ، لأن ذلك ليس بوطئ .

يريد : وفيه الصداق والعدة .

أما الصداق فوجب لاستهلاكه البضع .

وأما العدة [ق / ١١٢ / ٣ أ] فللحوق الولد فيه ، وأما الرجعة فلا تجب له

لأن الله تعالى نهى عن وطئ الحائض ، فلا يكون مـا نهى عنه يحل ما أمر به ، كما قالوا فى الإحصان والإحلال .

ويحتمل على قول عبد الملك التى يحل به المطلقة أن يجعل له به الرجعة .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : فإذا دخل بها فى بيت أهلها غير دخول البناء ، فطلقها فأنكر الوطئ وادعته هى ، فجعلت القول قوله ، فعلى المرأة للعدة إن كان قد خلا بها وليس معها أحد .

قلت : فإن دخل بـها فى بيت أهلها غـير دخـول البناء فأقر بـالوطئ ، وقالت المرأة: ما جامعنى .

قال : إن كان خلا بها وأمكن منها ولم تكن خلوة بناء ، فعليها العدة ولا رجعة له ، ويلزمه الصداق كاملاً ، فإن شاءت أخذته به كله أو نصفه .

وقال سحنون فى « العـتبية » : لا تأخذه أبدًا حتى تصدق الزوج ، فـإن صدقته أخذتـه كله ، وإلا فليس لها إلا نصـفه ، وليس هذا بخـلاف لابن القاسم ، وقـاله بعض فقهائنا .

قال : ويدل على ذلك قولهم فى الذى طلق قبل أن يعلم له زوجته خلوة فادعى الوطئ وإن أراد ارتجاعها .

قال : لا رجعة له ، وعلى المرأة العدة إن صدقته ، ولها السكنى والنفقة .

وإن لم تصدقه فلا عدة عليها ولا كسوة لها ولا نفقة .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وكذلك إن خلا بها فى بيت أهلها ،وليس معها أحد فأنكر الوطئ جميعًـا ، فلا بد لها من العدة فى الخلوة ، ولها نصف الصداق . ولو كان مـعهـا نساء حتى قـبل وانصرف بمحـضرهن ، فلا عـدة عليهـا ولها نصف الصداق .

وإن أقر بالوطئ بعد أن طلق ولا يعلم له بها خلوة وكذبته ، فلا عدة عليها ولها أخذه بالصداق كاملاً أو بنصفه .

قال مالك : وكذلك إن خلا بها ومعها نسوة ثم طلقها ، فادعى الوطئ وأكذبته، صدقت ولا عدة عليها .

قال بعض أصحابنا : وامرأته فى ذلك فأكثر سواء ، لأن الخلوة لم تثبت فلا عدة عليها .

قلت : فإن تزوجت وهى صائمة فى رمضان أو صيام تطوع أو نذر أو كفارة ، فبنى بها نهاراً فى صومها ذلك ثم طلقها من يومه ، أو خلا بها وهى محرمة أو حائض فطلقها قبل إنقضاء إحرامها وقبل غسلها من حيضها ، فادعت هى فى ذلك كله أنه وطأها وأنكر الزوج .

قال : قال مالك : هى مصدقة ، ولا صداق إذا أرخيت الستور عليها وإن كانت حائضًا .

قال ابن القاسم : فكل من خلا بامرأة لا ينبغى أن يجامعها فى تلك الحال ، فإن ادعت أنه قد مسها صدقت إذا كانت خلوة بناء ، لأنه قد خلا بها وأمكن منها ، وكذلك قال مالك فى المغصوبة يحتملها رجل فيدخلها بيتًا بمعاينة بينة ، ثم تخرج فتقول وطأنى غصبًا وهو ينكر ، فلا صداق ولا حد عليه .

قال فى كتاب ابن المواز : مع يمينها وعليه الأدب الوجيع .

وحكى لنا عن الشيخ أبى الحسن القابسى فيمن نكح ببعير شارد أو بثمرة لم يبد صلاحها فيبنى بها ، وقالت وطأنى ، وقال : ما وطأتها ، فلها صداق المثل لإرخاء الستر عليها، ويفسخ النكاح لأنه مقر أنه ما وطأها ، فقد أقر أن النكاح باق على الفسخ .

ولو قال : وطأتها وأكذبته ، صدق ، وبقيا على الزوجية قال بعض فقهائنا ، وإنما صدقت المرأة أن الزوج وطئها ، وإن كانت حائضًا أو صائمة ونحو ذلك ، وإن كانت هى تدعى الحرام لأن الستر لها كالشاهد ، فذلك مثل ما لو قام شاهد لمدعى الحرام فى البيع أن المدعى يحلف مع شاهده ،وكذلك .

قال أبو عمران : لو ظهر أنها أخته من الرضاع أو النسب وادعت أنه وطئها عالمًا بها لصدقت عليه ووجب لها الصداق .

قال مالك فى « المدونة » : ومن تزوج امرأة فدخل بها ثم طلقها واحدة ، فقال : ما جمعتها ، وقاله : قد جامعنى ، صدقت ولا صداق ، وعليها العدة ، ولا يملك الرجع ولا يحلها ذلك لزوج كان طلقها البتة إلا باجتماع منهما على الوطئ.

قال ابن القاسم : وقد استحسن مــالك هذا القول ولا يحمله القياس ، وأنا أرى أن يدين بها فى نكاحها .

ولو مات الزوج [ق / ٩٤ / ٣ ب] بعــد البناء بيوم من غير مناكــرة ومثله يطأ فادعت الوطئ ، كان أبين فى إحلالها بذلك ، والله أعلم .

جامع القول في الرجعة
ودعوى انقضاء العـــدة

قال الله تعالى : ﴿ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [١] ، وهو الرجعة، فزجر الله عن إيقــاع الثلاث ، لئلا يندم فلا يكون له سـبيل إلى الارتجاع ، ولا تكون الرجعة إلا فى المدخول بها فيـما دون الثلاث لقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾[٢] يعنى في العــدة ، ولا عدة في غـير المدخــول بها ، وقوله تــعالى : ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٣] وقوله ﷺ فى حديث ابن عمر : « مره فليراجعها »[٤] .

قال : فقلت : أرأيت لو طلقها ثلاثًا ؟

قال : إذا عصى ربه وبانت منه زوجته .

وقال تعــالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ يريد قاربن بلوغ أجلهن : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [٥] وأشهــدوا ذوى عدل منكم ، وجعــلهن تعالى مأمــونات على انقضاء العدة لقــوله تعالى : ﴿ وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [٦] والزوج ممنوع منها حتى يرتجع بدليل القرآن ، ولها النفقة والسكنى ، ويتوارثان ما لم تنقض العدة ولا ينبغى أن يتلذذ منها بنظر أو غيره ولا يخلو معها .

ولمالك قول أنه يدخل عليها ويأكل معها إذا كــان معها من تحفظ بها ، ثم قال : لا يفعل وإن كان معها حافظ فلينتقل ، وقد انتقل ابن عمر .

قال عبد الوهاب وهى محرمة ما لم يراجعــها خلافًا لأبى حنيفة لأنها جارية إلى البينونة .

أصله الكتــابية إذا أسلمت بعــد الدخول ، ولا خــلاف أن الرجعة تصح بــالقول

---

(١) الطلاق (١) .
(٢) البقرة (٢٢٨) .
(٣) البقرة (٢٢٩) .
(٤) تقدم.
(٥) الطلاق (٢) .
(٦) البقرة (٢٢٨) .

وتصح عندنا بالوطئ والقبلة والمباشرة ، وإذا نوى به الرجعة خلافًا للشافعى فى أنها لا تكون إلا بالقول ، لأن الوطئ يقوم مقام القول ، أصله قول البائع إذا كان له الخيار قد اخترت رد هذه الأمة إلى ملكى ، وهو لو وطئها قبل القول كان وطئه اختيارًا .

ومن « **المدونة** » : **قلت** : فمن طلق امرأة طلقة يملك فيها الرجعة ثم قبلها فى العدة أو لامس لشهوة أو جامع فى الفرج أو فيما دون الفرج أو جردها أو نظر إليها أو إلى فرجها ، أيكون ذلك رجعة ؟

قال : **قال مالك** : إن وطئها فى العدة ينوى بذلك الرجعة وجعل أن يشهد فهى رجعة .

وإن لم ينو بذلك فليست رجعة ، وقاله عبد العزيز بن أبى سلمة لقوله عليه السلام : « **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى** » ، فلم تصح الرجعة بالوطئ إلا ببينة .

قال أشهب فى مدونته : وكذلك إذا لمسها فى عدتها أو قبلها أو باشرها أو نظر إلى فرجها لشهوة ، ونوى بذلك كله الرجعة فهى رجعية ، وإلا فلا .

قال مالك فى « **المختصر** » : ولا يطأها إلا بعد الاستبراء من وطئه إن وطئ ولم ينوى به الرجعة .

وقال الليث : وطئه رجعة وإن لم ينو به الرجعة ، فإن قيل : لم لم يكن وطئ المطلق رجعة وإن لم ينوها عند ابن القاسم كما كان وطئ مبتاع الأمة لخيار اختيارًا وإن لم ينو؟

قيل : لأن البائع قد جعل له الخيار وأباح له الوطئ به ، فإن وطئ فقد قبل ما جعل له وتم به ملكه ، ولأنه لو لم يطأ وتمادي على إمساكها حتى ذهبت أيام الخيار وانقطعت عد بذلك [ق / ١١٣ / ٣ أ] مختارًا والزوج فلم يجعل له شراء الرجعة فيطالبه بقبولها ، ولأنه لو تمادى على إمساكها حتى انقضت عدة الرجعة لبانت منه ، بخلاف انقضاء أيام الخيار ، فقال : إن وطأه أضعف من وطئ المختار ، وهذا بين .

ومن « **المدونة** » : ومن طلق فليشهد على طلاقه ورجعته كما قال الله عز وجل ،

وكذلك فعل ابن عمر وقاله ابن المسيب وغيره .

وقال مالك فى امرأة طلقها زوجها ثم ارتجعها فمنعته نفسها حتى يشهد على رجعتها : قد أصابت .

قال مالك : ومن قال لامرأته : قد راجعتك ولم يشهد ، فهى رجعة وليشهد فيما يستقبل ، فإن أشهد قبل انقضاء العدة ، فهى رجعة ، وأن أشهد بعد انقضائها فليست برجعة ، فإن صدقته ألا يعلم أنه كان يخلو بها ويبيت معها ، فيقبل قوله ، كذبته أم صدقته .

قال عبد الوهاب : لأن الإشهاد عندنا استحباب وليس بشرط ، خلافًا للشافعى، لأنه حق من حقوق النكاح كالظهار والإيلاء ، ولأن الإشهاد معنى يبيح الوطئ كشراء الأمة ، وليس بآكد من عقد النكاح ، وقد بينا أن الإشهاد ليس بشرط فيه .

ومن « المدونة » : وإن قال لها : قد [ق / ٩٥ / ٣ ب] أرجعتك ، ثم قال : لم أرد بقولى رجعة إنما كنت لاعبًا لزمته الرجعة إن كانت فى عدتها ، وإن انقضت عدتها فلا رجعة له ، إلا أن تقوم على ذلك بينه ، يعنى تقوم بينة بعد العدة على قوله ذلك فى العدة .

وإن قال لها فى العدة : كنت راجعتك أمس ، صدق وإن كذبته ، لأن ذلك بعد مراجع الساعة .

وإن قال لها ذلك وقد انقضت عدتها لم يصدق ، وقاله أشهب .

قال مالك وأشهب : وإن قال لها : إن كان غدًا فقد راجعتك لم تكن هذه رجعة.

قال أشهب وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك فى العدة فصدقته أو كذبته لم يصدق ولا رجعة له إلا ببينة أو يعلم أنه كان يدخل عليها فى العدة ويبيت عندها ، فيقبل قوله وإن كذبته ، وإقرارها له بالمراجعة بعد العدة إذ لم يعلم له بها خلوة داعية إلى إجازة نكاح بغير صداق ولا ولى .

قال : وإن أقام ببينة بعد العدة أنه أقر بالوطئ فى العدة ، فهى رجعة إن ادعى الآن أن وطأه أراد به الرجعة .

قال عنه ابن المواز : ولو أقام بعد العدة ببينة تشهد أنه أقر عندهم أغلق عليها بابا أو أرخى عليها أستاراً فى عدتها ، لم تكن ذلك رجعة إن ادعى ذلك الآن بخلاف إقراره بالوطئ .

قال ابن المواز : وليس ذلك كالشهادة بخلوة حتى يكون المقام والدخول والخروج معروفًا ، ويعلم ذلك بغير اقراره .

ومن « المدونة » قال أشهب : وإن طلقها قبل أن تعلم له بها خلوة ، ثم أراد أن يراجعها وادعى الوطئ وأكذبته فأقام بينة على إقراره قبل الفراق بوطئها لم ينتفع بذلك، ولا رجعة له وإن صدقته ، إذا ليس ببناء معلوم ، ويتهم الزوج أن يقدم هذا القول عدة ليملك به رجعتها ، فلا يقبل قوله ، وعلى المرأة العدة إن صدقتاه ولا سكنى ولا نفقة ، وإن لم تصدقه فلا عدة عليها ولا كسوة لها ولا نفقة .

وكذلك إن أقام بينة على إقرارها بذلك قبل الفراق ، فلا بصدقات لا رجعة له ، ولها النفقة والكسوة حتى تنقضى عدتها .

وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك فى العدة فأكذبته وهى أمة وصدقه السيد، فلا يقبل ذلك إلا بشاهدين سوى السيد ، إذ لا تجوز شهادته على نكاح أمته ولا على رجعتها .

قال مالك : وإذا وضعت الحامل ولدًا وبقى فى بطنها آخر فزوجها أحق برجعتها حتى تضع آخر ولد فى بطنها .

قال ابن وهب : وقاله ابن عباس وابن المسيب وغيرهم : وله الرجعة فى عدة المرتابة بالحس إلى أقصى جلوس النساء وإن طلقها قبل البناء فظهر بها حمل فلم ينفه، فهى له زوجة وهى فى عدة منه ، وله الرجعة ما لم تضع .

قال سحنون : فى كتاب ابنه : ولو ظهر الحمل بعد موت الزوج فقالت : هو منه، فإنه يلحق به ، ويرث أباه ولا ترث هى الزوج ، وليس لها إلا نصف الصداق الذى قبضته .

قال أشهب : ومن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ، فله عليها الرجعة ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة ، فإذا رأته فقد مضت الثلاثة الأقراء التى قال الله تعالى : ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾(١) ولأن الأقراء : إنما هى الأطهار

---

(١) البقرة : ٢٢٨ .

وليست بالحيض ، وكذلك قالت عائشة وغيرها . فإذا طلقها وهى طاهر فقد طلقها فى طر تعتد به ، فإذا حاضت حيضة فقد تم قرؤها ، فإذا طهرت فهو قرؤ ثان فإذا حاضت الثانية فقد تم قرؤها الثانى ، فإذا طهرت فهو قرء ثالث ، ولزوجها عليها الرجعة حتى ترى أول قطرة دم من الحيضة الثالثة ، فإذا رأت ذلك فقد تم قرءها الثالث وانقضت الرجعة عنها وحلت للأزواج ، غير أنى أحب ألا تجعل بالتزويج حتى يتبين أن الدم الذى رأت فى آخر الحيض دم حيضة تتمادى بها فيها ، لأنه ربما رأت الدم ساعة أو يومًا ، ثم ينقطع عنها ، فيعلم أن ذلك ليس بحيض تعتد به ، فإذا رأت امرأة هذا فى الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها والعدة قائمة ، ولزوجها الرجعة حتى تعود إليها حيضة صحيحة مستقيمة .

قال أشهب وابن وهب : وبه قضى زيد بن ثابت ، وقالته عائشة أن لها أن تنكح فى دمها من الحيضة الثالثة .

قال أشهب : وقاله عمر وابن عباس ، وكذلك قال ابن القاسم : إن للزوج الرجعة ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة فى الحرة والثانية فى الأمة .

قال : ومن قال لمعتدة : قد راجعتك ، وأجابته نسقًا بكلامه : قد انقضت عدتى، فإن مضت مدة تنقضى فى مثلها العدة صدقت بغير يمين ، وإلا لم تصدق .

وقضى أبان بن عثمان فى مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يومًا أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة وتحلف ، وليس العمل على أن تحلف إذا ادعت ما تحيض فى مثله .

وذكر عن سحنون أنه قال : أقل ذلك أربعون ليلة ، وقل : شهر إن أمكن ذلك، وكذلك يجب أن يكون معلقًا بالإمكان فى أغلب العادة .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وأن أشهد على رجعتها فضمنت ، ثم ادعت بعد يوم أو أقل أن العدة قد انقضت قبل رجعته ، لم تصدق وتمت الرجعة .

وإذا قالت المعتدة : قد دخلت فى أول دم الحيضة الثالثة ، ثم قالت : كنت كاذبة ونظرها [ق/ ٩٦ / ٣ ب] . النساء فلم يدين حيضًا ، لم ينظر إلى قولهن وبانت بأول قولها إن مضت مدة تنقضى فى مثلها العدة .

وإن ادعت أنها أسقطت ، فذلك لا يخفى على الجيران ولكن الشأن أن تصدق بغير يمين وإن بعد يوم من طلاقها أو أقل أو أكثر ، ولا أنظر إلى الجيران لأنهن مأمونات على فروجهن ، ولو رجعت فقالت : كنت كاذبة ،ونظر إليها النساء فلم يرين بها حيضًا ، لم ينظر إلى قولهن وبانت بأول قولها ، لأن ذلك [داعية][1] إلى إجازة النكاح بغير صداق ولا ولى .

قال مالك : وتنقضى العدة بما أسقطت المرأة مما يعلم النساء أنه ولد من دم أو مضغة أو علقة ، وتكون [ق / ١١٤ / ٣ أ] به الأمة أم ولد .

وإذا قالت المطلقة : حضت ثلاث حيض فى شهر ، سئل النساء ، فإن أمكن ذلك عندهن صدقت .

قال أشهب : وإن قالت : حضت ثلاث حيض بينة ، أنها قالت ذلك ، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم القول ما تحيض فيه ثلاث حيض ، وإن مضى ذلك فلا رجعة له عليها .

وإن رجعت عن قولها أنها قد حاضت ثاث حيض ، وإن مضى ذلك فلا رجعة له عليها ، وإن رجعت عن قولها أنها قد حاضت ثلاث حيض .

ومن « العتبية » : قال مالك : فيمن طلق امرأته طلقة واحدة وأعطته مالا فى العدة على أن لا رجعة له عليها ، قال : أراه خلعًا ، وتلزمه طلقة بائنة ، وقاله ابن القاسم .

وقال أشهب : إن شاء راجعها فإذا راجعها رد إليها ما أخذ منها .

وروى الدمياطى أن ابن وهب قال : لا تلزمه غير الطلقة الأولى ولا رجعة له عليها .

فصل

قال ابن المواز : وللمريض أن يرتجع ،وكذلك المحرم أو هى محرمة ـ يريد : بالإشهاد ـ ويرتجع العبد بغير إذن سيده وإن كره سيده ، كانت زوجته ، أمة له أو لغيره .

---

(١) سقط من أ .

قال : والرجعة أن يشهد بها أو يطأ أو يقبل ينوى بذلك الرجعة ولو نوى الرجعة بقلبه لم ينفعه إلا بفعل مع النية مثل حبسه لشهوة أو ضمة أو ينظر إلى فرجها أو ما قارب ذلك من محاسنها ، وإن لم يفعل لم تنفعه البينة .

قال : والأمة لا تقبل شهادة سيدها بعد العدة بالرجعة ، وإن صدقته الأمة .

قال أشهب : إلا أن يشاء الزوج أن يدفع ثلاثة دراهم فتكون امرأته ، شاء السيد أو أبى ، لأنه أقر أنها امرأته .

وذكر أن أبا عمران ، قال : وكذلك إذا تقارر الزوجان بعد العدة على أن الزوج ارتجع فى العدة ، فليقدم الزوج ربع دينار ويزوجها وليها ، وتجبر الزوجة على ذلك ، كقول أشهب في مسألة الأمة وترجح فى ذلك .

قال أبو عمران: وإذا أقر الزوج فى العدة أنه راجع ثم أنكر الرجعة ، أنه يكون ذلك منه كطلاق ابتدأه .

وسئل عن الذى يطلق امرأته واحدة ثم يتمادى على وطئها من غير أن يريد الرجعة حتى تمضى ثلاث حيض ، ويحنث بطلاقها ثلاثًا ، هل يلزمه ذلك الطلاق ؟ فقال : يلزمه ذلك كالنكاح المختلف فى فساده يطلق فيه ، وقد قال الليث : إن وطئه الرجعة وإن لم ينو به الرجعة ، وقال ابن وهب فى« الدمياطية » ، ولا أقل أن يكون هذا كالنكاح المختلف فيه .

جامع القول فى متعة المطلقة

قال الله عز وجل : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾(١) ، وقال : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾(٢) فقصرت هذه على ذلك .

ودل أن الأمر بالمتعة ندب لا فرض قوله تعالى : ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾(٣) ، ولأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب ، دليله سقوط نصف المسمى قبل الدخول، ولأنه نوع من الفراق كالموت .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : قال مالك : ولكل مطلقة المتعة ، طلقت واحدة أو اثنتين أو ثلاث ، إلا المطلقة قبل البناء وقد سمى لها صداقها فحبسها نصفه ولا متعة لها ، وإن لم يسم لها [فليس لها](٤) إلا المتعة .

ابن وهب : وقاله بن عمر .

قال ابن القاسم : وإن كانت مدخولاً بها ، وقد سمى لها فى أصل النكاح مهرًا، أخذته به مع المتعة وإن لم يسم لها أخذت صداق مثلها مع المتعة .

قال : ولا متعة للمختلعة ولا للمصالحة ولا للمفتدية ولا للهاربة .

قال ابن القاسم : ولم يختلف فى هذا عندنا دخل بها أو لم يدخل، سمى لها صداق أو لم يسمه ،لأنها اشترت منه الطلاق بالذى أعطته ، فكيف ترجع وتأخذ منه؟

ولقد سئل مالك عن المفتدية قبل البناء بمال دفعته لزوجها على أن خلا سبيلها ، ففعل ثم قامت بعد ذلك تطلبه نصف صداقها ؟

فقال مالك : لا شىء لها ، هى لم تخرج من حباله إلا بأمر غرمته له ، فكيف تطلبه بنصف الصداق ؟

وقال الليث مثله .

---

(١) البقرة (٢٤١) .

(٢) البقرة (٢٣٧) .

(٣) البقرة (٢٣٦) .

(٤) سقط من أ .

قال ابن القاسم : ولا متعة للملاعنة ولا للأمة تعتق فتختار نفسها ، دخل بهن أم لا ، سمى لهن صداق أم لا .

قال ابن وهب : قال ابن عمر : ليس من النساء شيء إلا ولها المتعة إلا الملاعنة والمختلعة والمبارئة ، والتى تطلق ولم يبن بها وقد فرض لها فحبسها فريضته .

قال ابن شعبان : وجعلت المتعة بدلاً من غم الطلاق وهمه عليهن ، وسقط المتاع عن المختلعة والمفتديات والهاربات والمبارآت لأنهن يعطين فكيف يأخذن ، ولأنهن مختارات للطلاق فقد سقط عنهن من همه ، وسقط ذلك عن الملاعنات لأن ما يعطين غير مسقط لما أصبن به ولا إضعافه ولأنهن غير مطلقات ، إذ كن لا يحلفن أبدًا ولو كن مطلقات لحللن بعد زوج [ق/ ٩٧ / ٣ ب] أو قبله .

قال بعض فقهائنا القرويين للمخيرة والمملكة المتعة إذا قضت بالفراق ، لأن الفراق إنما صار إليها من قبل الزوج وكذلك الذى يتزوج على الحرة أمة فتختار نفسها لها المتعة ، لأن الطلاق بسببه ، وليست كالمتعة تحت عبد فتختار نفسها ، لأن هذا أمر لا منع للزوج فيه .

وأما المفتدية فلا شيء لها وإن كان بسبب الزوج ، لأنها تعطى فمحال أن تعطى .

ومن « المدونة » قال مالك : وعلى العبد إذا طلق امرأته المتعة ، ولا نفقة عليه .

قيل : إنما ذلك إذا كان الطلاق بائنًا ، وأما إن كان رجعيًا فعليه النفقة ، وهذا معنى ما فى « المدونة » ، والله أعلم .

قال مالك فى كتاب ابن بعد الحكم : ليس للسيد أن يمنعه من المتعة .

قال أبو بكر الأبهرى : لأنها من حقوق النكاح [وليس للسيد منعه من حقوق النكاح] (١)والطلاق وأشبه ذلك ، وقد قال الله تعالى : ﴿ **وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** ﴾(٢) ، وقال أيضا : ﴿ **فَمَتِّعُوهُنَّ** ﴾(٣) فعمَّ الأزواج ،

---

(١) سقط من ب .
(٢) البقرة (٢٤١) .
(٣) البقرة (٢٣٦) .

سواء كان حرًا أو عبدًا .

قال مالك : ومن خلا بزوجتـه وأغلق بابه وأرخى الستر عليها وقـد سمى لها ، فطلقها وقال : لم أمسها وقالت : قد مسني ، فالقول قولها فى الصداق .

قال ابن القاسم : ولا متعة لها ، لأنه يقول : طلقت قبل أن أمس ، وقد فرضت فليس عليّ إلا نصف ما يصدق فى الصداق ، ويصدق فى المتعة ولا يقضى بها .

قال مـالك : وللصغـيرة والأمة والمدبرة والمكاتـبة وأم الولد والذميـة حكم الحرة المسلمة فى المتعة والطلاق .

ومن النكاح الثانى : وكل ما فسخ قبل البناء لفساد صداقه ، فلا متعة فيه .

وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء ، فلا متعة عليها .

ومن أرخاء الستور : قال ربيعة : وإنما يؤمر بالمتاع من لا ردة له عليها ، يريد : من لا رجعة له عليها .

قال فضل : فإذا طلق واحدة أو اثنتين ، لم يؤمر بالمتعة حتى تنقضى العدة .

قال ابن وهب : ولو ارتجعها فلا متعة لها ، لأن المتعة عوض من الفرقة .

ابن القاسم : ولا متعة فى نكاح مفسوخ .

ابن المواز : إذا فسخ ، ولا فيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد ، مثل ملك أحد الزوجين صاحبه .

قال : ولا يحاص الغرماء بالمتعة .

ابن القاسم : وإن جهل المتعة حتى مضت أعوام ، فليرفع ذلك إليها وإم تزوجت أو إلى ورثتها إن ماتت .

قال أصبغ : لا شىء عليه إن ماتت ، لأنه عوض لهـا وتسلية من الطلاق ، فقد [ق/ ١١٥ / ٣ أ] انقطع ذلك . وإذا دخل بزوجتـه فقال : ما وطأتهـا ، وقالت : وطأنى ، فوجب لهـا عليه جميع الصـداق فطلقها ، وله أن يحـسب المتاع فى نصف الصداق أو فى صداق المثل إن كان نكح علـى تفويض ، لأنه يقول : لا صداق علىَّ فى التفويض وأنهـا على المسمى نصفه قبل أن يحسب المتـعة فى ذلك ، ونحوه لأبى عمران .

ومن « المدونة » قال مالك : وليس للمتعة حد معلوم .

قال ابن المواز : وهى على قدر حال الرجل مع قدر حال المرأة .

ومن « المدونة » قال مالك : ولا يجبر من أباها ، لأن الله تعالى إنما جعلها حقًا على المتقين وعلى المحسنين فلذلك خففت ولم يقض بها .

قال غيره : وإذا كان الزوج غير متق ولا محسن ، فلا شيء عليه .

وقال ابن أبى سلمة : المتاع أمر رغب الله فيـه وأمر به ، ولم ينزل بمنزلة الفرض من النفقة والكسوة ، وليس تعدى عليه الأمة كما تعدى على الحقوق .

قال ابن عباس وغيره : أعلى المتعة خادم أو نفقة ، وأدناها كسوة .

وقال أبى حجيرة : أعلى صاحب الديوان متعة ثلاثة دنانير .

تم كتاب إرخاء الستور

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الخلع

فى الخلع والصلح والفدية والمبارأة وكيف إن وقع بغرر

قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾(١) ، وقال : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾(٢) ، وقد أباح الرسول عليه السلام لثابت بن قيس أن يأخذ منها ما أعطته إذ كرهته ، وقد زادته على حديقته التى أخذت منه ، وأمرها النبى ﷺ بالعدة ، وقال : « هى واحدة»(٣) .

قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصداق لهذه الآية ولهذا الحديث .

وقال الشافعى : إنه فسخ بغير طلاق ، ودليلنا قوله عليه السلام : « هى واحدة» وهذا نص ، ولأن كل فرقة تجوز الثبوت على النكاح مع الحال الموجبة لها فإنها طلاق لا فسخ اعتباراً بفرقة العنين والمولى ، عكسه الرضاع والملك .

وروى عيسى عن ابن القاسم فى المرأة الناشز تقول : لا أصوم ولا أصلى ولا أتطهر من جنابة : ولا [ق/ ٩٨ / ٣ ب] يجبر على فراقها ، فإن شاء فارق وحل له ما أخذ منها .

واختلف شيوخنا إذا ثبت ضرر الزوج ، وقد أخذ بالدرك حميلاً ، فقيل : له متابعة الحميل ، لأنه هو أدخله فى زوال عصمته .

وقيل : لا يرجع بشىء بسقوط ذلك عنها ، وهذا كإختلافهم فى الحمالة فى البيع الفاسد ، قاله بعض فقهائنا .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا كان النشوز من قبلها جاز للزوج ما أخذ منها بأضلع ، وإن كان أكثر من الصداق ورضيت وإن لم يضربها .

---

(١) البقرة (٢٢٩) .

(٢) النساء (٤) .

(٣) تقدم.

وإن كان لخوف ضرره أو لظلم ظلمها أضر بها ، لم لم يجز أخذه ، وإن أخذ شيئا رده ومضي الصلح .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : لا يرد شيئا ، فأما نفوذ الطلاق فلأنه ألزمه نفسه ، وأما رد ما أخذه منها فلأنه كان عليه إزالة الضرر عنها بغير عوض ،وما لزم الإنسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه .

ومن « العتبية » قال عيسى عن بن القاسم : إذا صالحته على شيء أعطته إياه وعلى رضاع ولده ، ثم جاءت بعد سنة بامرأتين شهدتا أنها خالفته على ضرر ، فقال: تلف معهما ويرد عليها ما أعطته وتأخذ منه أجر رضاع ولده .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا أقامت بعد الخلع ببينة يشهدون على السماع أنه كان مضراً بها ، فذلك جائز ، وهل يشهد في ذلك إلا على السماع ليسمع الرجل من أهله ومن الجيران ويكون فاشيًا ،ويجوز في ذلك شاهدان على السماع البين والأمر المعروف ، ولا يمين في ذلك .

قيل : فإن شهد واحد على البتات أن زوجها كان يضربها ويضيق عليها ، أتحلف معه ؟ قال : كيف يعرف ذلك ؟

قال : يقول سمعت سماعًا منشرًا واستبان لي .

قال عيسى له: وانظر فيه .

وقال أصبغ : هو جائز وإن لم يكن غيره ، فإن كان معه سماع منتشر وإلا حلفت ورد عليها ما أخذ منها ومضى الفراق وقد سألت ابن القاسم عنه بعد ذلك ، فقال : هذا لأن يمينها على مال ، وإذا أقامت بينة أنه كان يبغضها ، لم ينفعها ذلك إلا بالبينة على الضرر ، وقد يبغضها ولا يطلقها .

ومن الضرر الموجب لرد ما أخذ منها أن يؤثر عليها أخرى ولا يفي بحقها في نفسه ولا في ماله ، ويجب عليه إذا لم ترض بالأثرة أن يفارقها بغير فداء أو بعدل .

ومن « المدونة » ابن وهب : قال ابن شهاب : وإذا استحقت المرأة بحق زوجها ، فنشزت عليه وأساءت عشرته وأخانت قسمه أو خرجت بغير إذنه أو أذنت في بيته لمن يكره وأظهرت له البعض ، فإن ذلك مما يحل له به الخلع ، وإن كانت هي تؤتى من قبله فلا يجوز خلعها .

ابن وهب وقال بكير الأشج : لا أرى امرأة أبت أن تخرج مع زوجها إلى بلد من البلدان إلا ناشزًا .

قال ابن القاسم : ويجوز أن يأخذ منها على إمساكها أو يعطيها ما ترضى معه على أن تقيم معه على الأثرة فى القسم من نفسه ، وماله ، وذلك الصلح الذى قال الله تعالى : ﴿ **فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا** ﴾(١) ، ولا يأثم فى الأثرة بعد ذلك ، وقاله جماعة من التابعين .

قال ابن وهب : عن ابن شهاب : إن رافع بن خديج تزوج جارية شابة وعنده بنت محمد بن مسلمة وكانت قد جلت ، فآثر عليها الشابة فاستأذنت عليه رسول الله ﷺ فقال : « **يا رافع اعدل بينهما وإلا فارقها** »(٢) فقال لها رافع فى أخر طلقة : إن أحببت أن تقعدى على ما أنت عليه وإن أحببت أن أفارقك فارقتك ، فقالت : بل أستقر على الأثرة ولم ير رافع أن عليه إثمًا حين رضيت بأن تستقر عنده على الأثره.

قال منزل القرآن ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾(٣) .

قال ابن وهب عن يونس عن أبى الزناد قال : بلغنا أن سودة أم المؤمنين كانت قد أسنت وكان رسول الله ﷺ لا يكثر منها ، وعرفت ذلك منه فتخوفت أن يفارقها ، فقالت يا رسول الله أرأيت يومى الذى كان يصيبنى منك فهو لعائشة وأنت منى فى حل ، فقبل ذلك منها (٤) .

قال ربيعة إن رضيت بغير نفقة ولا كسوة ولا قسم ، فما رضيت به من ذلك جاز عليها .

قال مالك : والمختلعة التى تختلع من كل الذى لها .

والمبارئة التى تبارئ زوجها قبل البناء ، فتقول : خذ الذى لك وتاركنى .

والمفتدية التى تفتدى ببعض ما لها وتحبس بعضه ، وذلك كله سواء وهى طلقة

---

(١) النساء (١٢٨) .

(٢) تقدم.

(٣) النساء (١٢٨) .

(٤) تقدم.

بائنة .

قال : فالخلع والمبارأة عند السلطان أو غيره جائز .

قال عبد الوهاب : وقال أبو ثور فى الخلع هو طلقة رجعية ، والدليل لمالك أن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها ، وفى ثبوت الرجعة عليها تبقية الضرر ، ولأن ثبات [ق / ١١٦ / ٣ أ] الرجعة فى ذلك جمع للزوج بين العوض والمعوض منه ، وذلك ما لا سبيل إليه .

ابن وهب : وقاله عثمان بن عفان وجماعة من الصحابة والتابعين .

فى الخلع بمجهول أو غرر أو حرام أو يقارنه بيع

[ق / ٩٩ / ٣ ب] قال الله تعالى : ﴿ **فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾(١) فعمَّ ، فلذلك جاز الخلع عندنا بالغرر والمجهول كالعبد الآبق والجمل الشارد ، فإن سلم أخذه وإلا فلا شيء عليه ، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى منعهما ذلك ، ولأنه يجوز أن يملك فى الهبة والوصية فجاز فى الخلع .

ومن « المدونة » :قالت : فمن خالع زوجته على عبد لها بعينه ولم تصفه له ولا رآه الزوج قبل ذلك ، أو تزوجها على مثل هذا .

قال : قال مالك : يفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل.

قال ابن القاسم : وأما الخلع فيجوز ويأخذ العبد الذي خالعها عليه ، كمن خالع على ثمرة لم يبد صلاحها أو على بعير شارد أو على عبد آبق أو جنين فى بطن أمه أو بما تلد غنمها أو بثمرة نخلها العام ، فذلك جائز لازم له ، وله مطالبة ذلك كله على غرره ، بخلاف النكاح .

قال غيره : ولأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذ به .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا خالعها على جنين فى بطن أمه ، فهو له إذا خرج ويجبران على الجمع بينهما ، فيباع مع أمه .

قال أصبغ : ولا أحب الخلع بالجنين ولا الثمر غير مزهية ، فإن وقع مضى وهو

---

(١) البقرة (٢٢٩) .

آخر قولى ابن القاسم .

ومن كتاب ابن المواز : وإن قالت له : خالعنى على ما فى يدى فرضى ، ففتحت يدها فلم يجد شيئا ، فقال أشهب : لا يلزمه طلاق ،وكذلك إن وجد حجرًا.

فإن وجد ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع .

وقال عبد الملك : يلزمه الخلع بما غرته .

وقال محمد وسحنون : قال عبد الملك : ولو قالت له : خالعنى بهذا العبد ، وليس هو لها ، لم يلزمه الفراق ، لأنه طلق على أن يتم له ذلك .

فأما لو كان بيدها بشبهة ملك ثم استحق ، فالفراق لازم ويطلبها بقيمته .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإذا خالعها على جنين فى بطن أمه فهو له إذا خرج ، ويجبران على الجمع بينهما ، فيباع مع أمه .

قال أصبغ : ولا أحب الخلع بالجنين ولا الثمرة غير مزهية ، فإن وقع مضى ، وهو أحد قولى ابن القاسم .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : فإن خالعته على ثوب هروى ولم تصفه ، جاز وله ثوب وسط من ذلك .

وإن خالعها بدنانير أو بدراهم أو بعروض موصوفة إلى أجل فجائز .

وإن خالعها على مال إلى أجل مجهول كان حلالاً ، لأن مالكًا قال : فيمن باع إلى أجل مجهول : إن القيمة فيه حالة فى فوت السلفة .

قال ابن القاسم : وإن خالعها على عبد لها على أن زادها الزوج ألف درهم ، جاز بخلاف النكاح ، لأنه إن كان فى قيمة العبد فضل على الألف فقد أخذت منه بذلك الفضل ، فإن كانت كفافًا فهى مبارأة ، وقد أجاز مالك أن يتبارئا بغير شىء ، وهى طلقة بائنة .

وإن كانت قيمته أقل من الألف فهو كمن صالح زوجته على أن يعطيها من عنده مالا ، فالصلح جائز ولا ترجع عليها بشىء مما دفع إليها .

قال ابن المواز : قال أصبغ : فإن كان هذا العبد آبقًا فصالحها عليه على أن زادها

عشرة دنانير ،[فسد الصلح بينهما ويرد الآبق والدنانير .

قال ابن المواز : هذا إن كانت قيمة الآبق عشرة دنانير] (١) فأقل لم يكن للزوج فيه شيء ، وارتجع دنانير وبقى العبد للمرأة .

وإن كانت قيمة هذا الآبق خمسة عشر ديناراً كان للزوج ثلثه فى الخلع ويرجع ثلثاه للمرأة وترد العشرة دنانير إلى الزوج وتكون المرأة والزوج شريكين فى العبد على الثلث والثلثين ، لأن الخلع إنما وقع بما فضل من قيمته على العشرة دنانير . وكذلك إن صالحها ببعير شارد أو بجنين فى بطن أمه أو بثمرة لم يبد صلاحها على أن زادها عشرة دنانير ، فإن كانت فى الجنين والثمرة والبعير فضلة عما دفع الزوج من الدنانير كانت الفضلة للزوج بالخلع .

فإن لم يكن فى ذلك فضل ، لم يكن للزوج شيء من ذلك وارتجع دنانيره منها .

قيل لابن المواز : فمتى تكون القيمة ؟

قال : يوم يخرج الجنين ويوجد العبد والبعير وتجذ الثمرة وقول ابن المواز على قياس قول ابن نافع فى مسألة من صالح من موضحه عمداً وموضحة خطأ على سقص ، لأن المرأة دفعت العبد عن معلوم ومجهول ، وهو الدنانير والبضع ، فجعل الدنانير من قيمة العبد قدرها ، فإن فضلت فضلة من قيمة العبد كانت للخلع كما جعل فيمسألة الموضحتين فضلة قيمة الثقص عن الخمسين دية موضحة الخطأ ،وما فضل لموضحه العمد ، فإن لم يكن فى قيمة السقص فضلة عن الخمسين لم يكن للعمد شيء .

وأما على قياس قول ابن القاسم ، فيكون فى هذه المسألة نصف الآبق للعشرة دنانير ، فيفسخ فيه البيع ، وترد المرأة عشرة دنانير ، ويكون نصفه الآخر للزوج لحق الخلع ، وهذه المسألة فى « العتبية » وكتاب ابن سحنون زيادات يطول شرحها ،وهذا أحسن ذلك .

ومن « المدونة » : وإن خالعها على دراهم أرتها إياه فوجدها زيوفًا ، فله البدل

(١) سقط من أ .

كالبيع ، وإن كان على عبد بعينه فاستحق ، رجع بقيمته كالنكاح به فى نفقته .

فى الحامل المختلعة والمبتوتة والوكالة على الخلع

قال الله تعالى فى المطلقات : ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾(١) ، فأوجب الله تعالى السكنى لكل مطلقة بائنة بلا نفقة ، إلا أن تكون حاملاً فجعل لها السكنى والنفقة ، وقد قال الرسول عليه السلام لفاطمة بنت قيس وهى مبتوتة ولا حمل بها : « **لا نفقة لك** »(٢) .

قال مالك : فكل حامل بانت من زوجها ببتات أو خلع أوغيره وقد علم بحملها أم لا ، فإن لم تتبر من نفقة حملها ، فلها النفقة فى الحمل والسكنى والكسوة ، وليس لنفقتها حد معلوم على غنى لا مسكين فى القرى ولا فى المدائن لغلاء سعر ولا لرخصه وذلك على قدر عسره ويسره ، وإن اتسع أخدمها ، وإن مات قبل أن تضع حملها فقد انقطعت نفقتها .

ابن وهب : وقاله جابر بن عبد الله وأبو أمامة بن سهل وابن المسيب وابن يسار وغيرهم .

قال مالك : وإن بانت منه بما ذكرنا وهى غير حامل ، فلا نفقة لها ولا كسوة ، ولها السكنى في العدة ولا رجعة له عليها ، ولا يتوارثان ، [وإن كان طلاقه فيه رجعة فلها النفقة والكسوة والسكنى كانت حاملاً أم لا ، ويتوارثان](٣) ما لم تنقض العدة .

قال مالك : ومن وكل من يصالح عنه زوجته لزمه صلح الوكيل فى غيبته .

ابن القاسم : وإن وكل ذلك رجلين فخالعهما أحدهما لم يجز إلا باجتماعهما كما لو وكلهما على بيع أو شراء ، بخلاف رسولى الطلاق [ق/ ١١٧ / ٣ أ] .

---

(١) الطلاق (٦) .

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سقط من أ .

فى خلع غير المدخول بها

قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾(١) فعمَّ، فسواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها فإنه بحل للزوج ما أخذ منها إذا كانت الإساءة من قبلها .

قال ابن القاسم : فإن صالحته أو بأرته منه على المتاركة أو خالعته على أن أعطته عبدًا أو مالا وذلك قبل البناء ، فليس لها أخذه بنصف الصداق ، وإن قبضت جميعه ردته .

وقلنا ذلك فى المتاركة بغير شىء ، فإذا ردت كان أبعد أن ترجع بشىء ، وقاله مالك والليث . ولو سألته الطلاق قبل البناء على عشرة دنانير من صداقها .

ابن المواز عن مالك : أو خالعته عليها من صداقها ، فإن لها نصف ما بقى بعد العشرة ، قبضتها أو لم تقبضها .

قال ابن المواز عن مالك : وأما فى الخلع المبهم فلا شيد لها من المهر ، أعطته على الخلع شيئا أو لم تعطه ، قاله مالك وأصحابه وغيرهم فى التى لم يدخل بها ، خلا أشهب ، فإنه جعل لها أن ترجع عليه بنصف صداقها ، ويكون له ما أعطته .

قال ابن القاسم : وأما إن قالت له قبل البناء : طلقنى طلقة على عشرة دنانير ـ ولم تقل من صداقى ـ ففعل ، غرمت العشرة التى شرطتها ، لأنها اشترت بها حلاقها ، وكان لها نصف صداقها .

وكذلك إن قالت له : قب البناء : طلقنى طلقة بغير شىء ، فإنها تتبعه بنصف الصداق إن لم ينقدها إياه .

ابن المواز : وذلك بخلاف الخلع المبهم .

ابن القاسم : ولا تخرج العشرة من المهر إلا أن يشترط ذلك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق على عبدك هذا ، فإن قلت قبل التفرق وإلا فلا قبول لها بعد ذلك .

---

(١) البقرة : ٢٢٩ .

وإذا قال لها : إذا أعطيتيني ألف درهم فأنت طالق ثلاثًا ،فذلك ما أعطته .

وكذلك إن قال لها : أمرك بيدك متى شئت ،أو إلى أجل ، فأمرها بيدها إلى أجل الأجل إلا أن توقف قبله فتقضى أو ترد أو توطأ طوعًا قيبطل ما بيدها ، ولا كيون لها أن تقضى بعد ذلك .

فيمن أعطى على أن يطلق ويشترط الرجعة أو خالع وشرط إن طالبت شيئا عادت له زوجة ، ونيته فى طلاق الخلع ومن قال : أنت طالق طلاق الخلع

قال النبى عليه السلام لثابت بن قيس حين خالع زوجته : « **إنها واحدة** » .

ابن وهب: وقال عثمان ابن عفان : هى طلقة بائنة ، إلا أن يسمى شيئا فهو ما سمى ، قواله عدد من الصحابة والتابعين ، وقد أبطل الرسول عليه السلام كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، فكذلك ينبغى أن يبطل كل شرط خلاف السنة .

قال ابن القاسم : وإن أعطته شيئا على أن يطلق ويشترط الرجعة ، فشرطه الرجعة باطل والخلع يلزمه ، ولا رجعة له إلا النكاح مبتدأ إلا أن شرطه لا يحيل سنة الخلع ، قاله مالك .

وروى عن مالك أن له الرجعة ، وقاله سحنون .

قال عبد الوهاب : ووجه ذلك أن العوض يكون فى مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة ، لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا عاوضت.

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** : والخلع طلقة بائنة ، سماها أو لم يسم طلاقًا، وتعتد عدة المطلقة ، وله أن ينكحها فى عدتها إن تراضيا ، لأن الماء ماؤه بوطئ صحيح ، إلا أن يتقدم [ق/ ١٠١ / ٣ ب] له فيها طلاق يكون بهذا ثلاثا للحر واثنتين للعبد ، فلا تحل له إلا بعد زوج .

ومن « **العتبية** » : **قال عيسى عن ابن القاسم** : وإن خالع امرأته وهى حامل فله

هو دون غيره أن يتزوجها فى هذا الحمل ما لم تثقل فتصير كالمريضة ، فلا يجوز ذلك له ولا لغيره حتى تضع .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا خالعها وشرط أنها إن طلبت شيئا عادت له زوجة ، فشرطه باطل والخلع يلزمه ، ولا رجعة له إلا بنكاح مبتدأ .

قال فى كتاب ابن المواز : فإن ظنا أن ذلك يلزم فطلبته بذلك فعادت تحته بذلك ووطئها ، فليفارقها وليس لها بإصابته إلا ما كان رده إليها يكون ذلك صداقها كان أقل من صداق مثلها أو أكثر ، ولا يتزوجها لأنه كالنكاح فى عدة .

وقال محمد : هى حلال له بعد الاستبراء ، وإن كانت حاملاً فبعد الوضع ، وليس كالنكاح فى عدة .

قال بعض علمائنا : يريد ما لم يكن ذلك أقل من ربع دينار ، فلا بد أن يتم لها ربع دينار .

قال فى كتاب ابن المواز : ولو أنها حملت منه فصالحها ثانية على شىء آخر ، أو على أن أبرأته من نفقة الحمل والرضاع كان الصلح الآخر باطلاً ، ويرد عليها ما كان أخذ منها ،وتكون عليه النفقة .

قال : ومن خالع زوجته ثم نكحها فى العدة ثم طلقها قبل البناء والمسيس ، فهى تبنى على عدتها ولها نصف الصداق ، بخلاف م ارتجع من طلاق رجعى ثم طلق قبل أن يمس ، فهذه تأتنف العدة ، وإنما قال ذلك لأن الرجعة تهدم العدة ، بخلاف النكاح المبتدأ .

والفرق بينهما أن الزوجة فى الطلاق الرجعى أحكام الزوجية باقية بينهما ، فإذا ارتجع عادت زوجة مدخولاً بها كما كانت قب الطلاق ، فإذا طلق ثانية وجبت عليها العدة لهذه الطلقة .

فإن كان بقى من العدة الأولى شىء فهو داخل فى هذه العدة المؤتنفة ، وإذا كانت الطلقة الأولى بائنة فهو لا يرتجعها إلا بنكاح جديد بصداق وولى، فإذا طلق فيه

قبل أن يمس فقد طلق قبل البناء ، فلا عدة عليها لهذا الطلاق الثاني ، فوجب أن تتم العدة الأولى ، وبالله التوفيق .

ومن « المدونة» قال مالك : وإن خالعها واشترط رجعتها، فالخلع ماضٍ ولا رجعة له .

قال ابن القاسم : وإن أخذ منها شيئا وانقلبت ، وقالا : ذاك بذاك ، ولم يسميا طلاقًا ، فهي طلاق الخلع .

وإن سميا طلاقًا لزم ما سمياه من الطلاق .

وإن نوي بالخلع ثلاثا أو اثنتين لزمته ، وإن لم يلفظ بها .

وكذلك إن شرطت هي في الخلع أن تكون طالقا تطلقتين ، فذلك يلزم . قال مالك : وإذا لم يكن بها عليه مهر ولا دين ، فخالعها على أن أعطاها شيئًا أو لم يعطها ، فذلك جائز ولا رجعة فيه ، وذلك خلع ، وقاله ابن القاسم . وروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك فيمن طلق امرأته وأعطاها : إن له الرجعة ، وليس بخلع .

وروى عنه أنها واحدة بائنة ، وأكثر الرواة أنها غير بائنة ؛ لأنه إنما يختلع بما يأخذ منها ، فلزمه بذلك سنة الخلع ، وإذا لم يأخذ منها فليس بخلع ، وهو رجل [طلق][1] وأعطى .

قال ابن المواز : وإذا جرى ذلك بينهما بمعنى الخلع والصلح وإن لم يقولا ، فهي واحدةً بائنةً ، كمن خالع على مالا يصح تملكه كالخمر والخنزير .

قال ابن المواز : وأما إن لم يجز على ذلك ، فله الرجعة ، وكمن طلق بغير عوض ، ومن «المدونة»: وقال غيره فيمن قال لمدخول بها : أنت طالق طلاق الخلع ، فهي البته ؛ لأنها لا تكون واحدة [ق/ ١١٨/ ٣أ] بائنة إلا بخلع .

ومن «الواضحة» : هذا قول ابن الماجشون .

وقال ابن القاسم في الذي قال لامرأته : أنت طالق طلاق الخلع ، أو كما طلق فلان زوجته ، وفلان خالعها قال أصبغ : وإن كان فلان إنما طلقها واحدة قبل البناء، فيلزم هذه طلقة كما طلقنا تلك طلقة ، ولكن لا تبين بها لأن عليها العدة ، وإنما بانت تلك إذ لا عدة عليها .

---

(١) سقط من أ .

قال مطرف : قوله : أنت طالق طلاق الخلع ، كقوله : أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها ، فهي واحدة له والرجعة ؛ لأن الخلع والمبارأة لا تكون إلا بشيء يأخذه منها أو تضعه عنه ، وما عدا ذلك فطلقة رجعية ، وذكر الخلع ساقط ، بخلاف قوله : أنت طالق واحدة بائنة .

قال ابن حبيب : ويقول ابن الماجشون .

« في الخلع على أخذ الولد أو على نفقته أو على طرح سكناها».

قال مالك : وإذا خالعها على أن يكون الولد عنده ، فالخلع جائز وله شرطه ، إلا أن يضر ذلك بالصبي ويخاف عليه أن تدع منها مثل أن يكون يرضع ، وقد علق بها ، فلا سبيل له إليه .

قال ابن القاسم : وإذا خرج الصبي من حد الإضرار به والخوف عليه كان له أخذه منها حينئذ بشرطه .

قال ابن الماجشون : وإن كان الولد صغيرا لزمه الخلع ، ولها أن ترجع في ولدها فتأخذه ، ولا يلزمها الشرط لأن الحضانة حق للولد ، فليس للأم قطعها ، وهذا لا اختلاف فيه عندنا .

وذكر عن أبي عمران في قول ابن القاسم : أن ذلك جائز إذا لم يضر ذلك بالولد ، هل ذلك [ق/١٠٢/٣ب] له فيمن ليس له جد ، أو يتم ذلك ولا حق للجدة فيه ؟

فقال : القياس أن لا تسقط حق الجدة ، مثل ما إذا خالعها أو طلقها وتركت حقها في الولد من غير شرط أن الجدة أولى به .

ومن «المدونة» قال مالك : وإذا خالعها على أن ترضع ولده وتنفق عليه ما دام في الحولين ، جاز ذلك .

وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها .

وإن مات الولد قبل الحولين فلا شيء للزوج عليها .

قال مالك : ولم أر أحداً طلب ذلك .

ابن المواز : كمن صالح على إسقاط نفقة الحمل فأسقطت سقطا فلا تتبع .

قال عبد الملك : لأنها على ذلك ضمنت ، ورواه أشهب عن مالك .

وروى أبو الفرج أن قول مالك أنه يتبعها في موت الصبي .

قال مالك : فإن عجزت هى عن نفقة الولد رجعت النفقة على الأب ويتبعها بها، وقاله أشهب وعبد الملك وابن القاسم .

وقال أيضا ابن القاسم : لا يتبعها ، وقاله أصبغ .

ومن «المدونة» قال مالك : وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمدا سمياه تم الخلع ولزمها نفقة في الحولين فقط.

قال ابن القاسم : وكذلك إن شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين ، تم الخلع ولم يلزمها من نفقة الزوج شيء .

وقال المخزومي : يلزمها نفقة الزوج ، ونفقة الولد بعد الحولين كالخلع بالعذر ، وقاله سحنون وهو الصواب .

وقد احتج لقول ابن القاسم احتجاج ضعيف ، فتركه لذلك .

قال ابن القاسم : وإن خالعها على أن لا سكنى لها عليه ، فإن أراد إلزامها كراء المسكن ، جاز ذلك إن كان المسكن لغيره أو كان له وسمي الكراء ، وإن كان على أن تخرج من مسكنه تم الخلع ولم تخرج ، ولا كراء له عليها .

في الخلع على دين مؤجل أو سلف أو خمر أو حلال وحرام

ونهى الرسول عليه السلام عما جر نفعًا من السلف .

قال مالك : وإن كان لأحد الزوجين على الآخر دين مؤجل فخالعها على تعجيله قبل محله ، جاز الخلع ورد الدين إلى أجله .

قال غيره : وإن كان الدين عليه وهو عين له تعجيله قبل محله ، فذلك جائز وليس بخلع ، وهو كرجل طلق وأعطى فهي طلقة واحدة وله الرجعة عنده . وإن كان الدين عوضًا أو طعامًا من بيع مما لا يجوز للزوج تعجيله إلا برضا المرأة ولا تستطيع المرأة قبضه إلا برضا الزوج ، فهذا يكون بتعجيله خلعا ، ولا رجعة له ويرد الدين إلى أجله ، لأنه إنما طلق على أن تحط عنه الضمان الذي كان عليه إلى أجل ، وإنما طلاقه إياها على أن يعجل لها ذلك ، كما لو زادها دراهم أو عرضًا سواه على أن يعجل لها ذلك ، لم يجز وكان حرامًا ورد الدين إلى أجله واحدًا منها ما أعطاها، وكما لو طلقها على أن أسلفته سلفًا لزمه الطلاق ورد السلف لنهي النبي عليه السلام عما جر نفعًا من السلف .

قال بعض فقهائنا : إذا كان لها الدين عينًا عليه ، فخالعها على تعجيله فهو رجل طلق وأعطى . كما قال غيره ، ولا يدخل هاهنا سلف جر منفعة لسقوط النفقة عنه في العدة ؛ لأن له أن يخلعها من نفسه بلا مال ، أو يقول لها : أنت طالق طلاق الخلع فتكون طلقة تملك بها نفسها ، ولا نفقة لها ، فثبت بذلك أنها ما أسقطت عنه مالا يقدر على إسقاطه ، هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن الخلع إنما يكون بشيء تدفعه المرأة ، فتدخله علة إسقاط النفقة لتعجيل دينها ، فيدخله سلف جر منفعة إذا كانت مدخولاً بها .

قال : ورأيت لابن الكاتب أنه قال : وجه قول مالك في تعجيل ما على الزوج من العين أنه سلف جر منفعة إذا كانت مدخولاً بها ؛ لأنه لو لم يخالعها على هذا كانت طلقة غير بائنة ولزمته النفقة في العدة ، فتعجيله الدين سلف جر منفعة وهي إسقاط النفقة ، يوضح ذلك أنه إنما يكون طلقة بائنة إذا جرى ذلك بينهما على جهة المبارأة ، إذ لو طلقها هو من غير أن تجرى لها في ذلك أمر لم تكن طلقة بائنة بإجماعهم، وإن أعطاها في ذلك مالاً ، وإنما اختلف قول مالك إذا أعطى وطلق فيما جرى منهما جميعًا على جهة المبارأة ، فلما كانت البينونة لا تصح إلا برضاهما كانت كأنها لم ترض له بإسقاط نفقة عدتها إلا باستعجال دينها .

ومن كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون : إذا صالحها على أن عجلت له بعض دينه وأسقط عنها البعض ، بطل التعجيل والوضيعة وتم الفراق ؛ لأنه إنما فارق ووضع على أن تعجل ، وذلك حرام كله .

قال مالك : وإن كان الدين عليه فصالحها على أن يعجل لها بعض دينها ووضعت عنه بقيته ، والوضيعة نافذة وترد إليه ما عجل لها لتأخذه منه إذا حل أجله، كمن خالع على حلال ـ وهي الوضيعة ـ وحرام ـ وهو التعجيل ـ فيرد الحرام ويمضي الحلال ، وهو نحو ما قدمناه لابن المواز .

قال ابن القاسم : وكذلك إن صالحها على أن أخرته بدين لها عليه إلى أجل والخلع جائز ، ولها أخذه [ق/ ١١٩/ ٣أ] بالمال حالاً .

قال ابن القاسم : وكل ما رددنا من مثل هذا ، وأجزنا الخلع فيه ، لم يرجع عليها الزوج بصداق المثل ولا غيره .

قال ابن المواز : إذا صالحها على أن يعجل لها دينها [ق/ ١٠٣/ ٣ب] فإنه لم يكن في ذلك وضيعة ولا جر منفعة ، فذلك جائز .

وكذلك إن أجرها بدين له عليها ولا نفع له في ذلك ، وإن حطته بعض دينها وعجل لما بعضه أو أخرته به ، فالحطيطة ماضية في الخلع ، ويرد ما عجل لها ويبطل التأخير ، كمن خالع زوجته على حلال وحرام فإنه يجوز منه الحلال ويبطل الحرام .

قال ابن المواز : وإن تزوجت على عشرة نقدًا أو عشرين إلى أجل ، فصالحها قبل أن ينقدها شيئاً وقبل البناء بها على العشرة النقد وطرحت ما بقى ، فالطلاق ماض وترد خمسة ، وتبقى عليه إلى الأجل ثم تأخذها منه ، لأن الواجب لها بالطلاق ونصف صداقها وهو خمسة نقدا وعشرة إلى أجل ، فقد أعطاها لأن الخمسة النقد وعجل لها خمسة من العشرة المؤجلة على أن حطته الخمسة الأخرى ، فألزمناها الحطيطة للخلع ورددنا الخمسة إلى أجلها ، لأنها من ضع وتعجل .

قال ابن المواز : وإن كان على ستة ردت ديناراً يبقى لها إلى أجله ، وأما على خمسة عشرة كاملة فهي لها ولا ترد شيئًا ؛ إذ ليس في ذلك وضيعة شيء .

ومن « المدونة» قال ابن القاسم : وإن خالعها على خمر تم الخلع ولا شيء له ، وإن قبضها أهريقت عليه .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : يرجع عليها بصداق المثل .

دليلنا أنه لما رضي أن يعتاض ما لا يصح تملكه كان راضيًا بسقوط العوض ، فلم يجب له بدل ، ولأنه معنى يصح أن يوقع بغير بدل ويفوت بنفس وقوعه ، فإذا وقعه بما لا يصح تملكه كان كمن أوقعه بغير شيء .

وقال أبو حنيفة : تكون طلقة رجعية .

ودليلنا عليه أنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائنًا ، كما لو صح العوض .

قيل في قول ابن القاسم : فإن تخللت الخمر بيد الزوج فإنها له ؛ لأنها قد عادت حلالاً ، وسواء كانت الزوجة مسلمة أو نصرانية .

ومن « المدونة» : وإن خالعها على حلال أو حرام ، جاز منه الحلال وبطل الحرام، كمال وخمر .

وفي الباب الأول من الخلع تفسير الخلع والمبارأة والفدية ، فإن ذلك كله طلقة بائنة .

فيمن قالت لزوجها : خالعني بكذا ، أو قال له ذلك أجنبي

وكيف إن وجدت عديمة أو أتبع الخلع طلاقًا ، والخلع يقع بعد ثبات طلاق أو

فساد نكاح أو عيب ، والدعوى في الخلع .

قال مالك : وإن قالت له : خالعني على أن تبارئني ، أو طلقني على ألف درهم أو بألف درهم ، فهو سواء .

وإن أصابها عديمة جاز الخلع وأتبعها بالدراهم ، وإنما ذلك إذا صالحها بكذا وكذا، أو ثبت الصلح ورضى بالذي تعطيه يتبعها به .

قال ابن القاسم : وأما أن يكون إنما صالحها على أنها إن أعطته الألف تم الصلح، فلا يلزمه الصلح إلا بالدفع .

قال في كتاب ابن المواز : أو يقول : على أن تعطيني الساعة ، أو أخالعك على أن تعطيني فلم تعطه ، فهذا لا يلزمه الصلح .

ومن «المدونة» : وإن قالت له : يعني طلاقي بألف درهم ، ففعل جاز ذلك .

قال مالك : وإن قالت له : خالعني ولك ألف درهم ، فقال لها : قد خالعتك، لزمتها الألف وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئًا .

وإن قال له رجل : طلق امرأتك ولك ألف درهم ففعل ، لزم ذلك الرجل الألف .

قال مالك : وإن أتبع الخلع طلاقًا من غير صمات نسقًا لزم ذلك ، وإن كان بين ذلك صمات أو كلام يكون قطعًا لذلك ، لم يلزم الطلاق الثاني .

ابن وهب وقد قال عثمان بن عفان : الخلع مع الطلاق اثنتان .

وقال ابن أبي سلمة : إذا لم يكن بينهما صمات ومن فعل ذلك فقد أخطأ السنة، وإنما الخلع واحدة إذا لم يسم طلاقًا .

فصل

قال ابن القاسم : فإن خالعها على مال ثم تبين أنه قد أبتها قبل ذلك ، إن حلف بطلاقها البتة أن لا يخالعها أو أنه نكحها وهو محرم ، أو أنها أخته من الرضاعة ، وما لا يقران عليه ، أو انكشف أن بالزوج جنونًا أو جذامًا ، فالخلع في ذلك كله ماض ، وترجع عليه بما أخذ منها ؛ لأنها كانت أملك بفراقه ، وفراقها إياه من أجل الجنون والجذام فسخ بطلاق .

وذكر عن بعض فقهائنا القرويين : إن قيل : ما الفرق بين أن يخالعها على مال، ثم يظهر أنها مطلقة أو مكاتب عنده ويناديي منه ثم يظهر أنه كان أعتقه ، وهو منكر

في الوجهين ، فألزمه أن يرد في الخلع ، ولم يلزمه أن يرد في المكاتبة فالفرق أن للسيد أن يستسعى عبده وينتزع ماله ، ولا يزيل ملكه عنه إلا في الحكم عليه، والزوجة ليس له سبيل إلى مالها وهو كأجنبي فيه ، فلا يصل إليه إلا بحق ، فإذا ثبت طلاقه قبل ذلك فقد أخذه بغير حق ، فافترقا .

ومن «العتبية» : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق واحدة إن صالحتك ثم صالحها .

قال : لا ترجع عليه بشيء ، وهو كمن قال لعبد : إن قاطعتك قبل السنة فأنت حر ، ثم قاطعه قبل السنة ، ولا يرجع عليه بشيء .

قال عيسى : لأنه لما حنث بطلقة كانت له الرجعة ، وصارت عطية المرأة فيما قطعت عنه ماله من الرجعة ، وكذلك عطية العبد فيما تعجل من العتق قبل السنة .

ولو قال : إن مالكتك فأنت طالق البتة ، ثم فعل فهذا يرد ما أخذ .

وكذلك العبد إن لم يقل [ق/ ١٠٤/ ٣ب] إلى سنة فهو يرد ما أخذ إذا قاطعه . وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنون أو جزامًا أو برصًا كان له ما أخذ وتم الخلع كان له أن يقيم ، ولو تركها أيضًا بغير خلع كان فسخًا بطلاق .

وقال في كتاب النكاح الثاني : وإن ثبت أنه نكح بغرر أو بغير ولي اختلعت منه قبل البناء بمال ، فذلك ماض وله ما أخذ .

قال سحنون : هذه ترد إلى ما في كتاب الخلع أنه يرد ما أخذ منها .

قال ابن المواز : ليس له رجوع بالصداق على من غره كعيب ذهب .

قال ابن المواز : وإنما لا يرد ما أخذ في مال أحدهما المقام عليه ، فيصير هذا قولاً ثالثًا ؛ لأنه إذا وجدت بالزوج جنونا أو جذاما فللزوجة الرضا بذلك ، فإذا خالعته على شيء دفعته إليه ثم اطلعت على الجنون ونحوه ، لم يكن لها أن ترجع عليه بشيء خلاف قول ابن القاسم ، وإن تزوج بغرر أو بغير ولي ، ثم خالعها قبل البناء فإنه يرد ما أخذ منها كما ذهب إليه سحنون ، وما قاله سحنون أبينها والله أعلم .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : وإن قالت له امرأته : كنت طلقتني أمس على ألف درهم وقد قبلت .

وقال الزوج : كان ذلك ولم تقبلي ، فالقول قولها ، وكذلك قال مالك في الذي

ملك امرأته ثم خرج ، فلما رجع ليدخل عـليها أغلقت الباب دونه ، وقالت : كنت قد ملكتني فقد اخترت نفسي .

وقال الزوج : لم تختر ، أن القول قولها .

واختلف فيـها في المدينة ، ومن قول مالك يومئـذ لا يقضي في التمليك إلا في المجلس .

قال بعض شـيوخنا : ولا يمين عليهـا في ذلك ، إذ لو نكلت عن اليمين لم ترد إليه ، وإنما تحلف إذا تداعـوا فيما وقع به الخلع ؛ لأنهـا إذا نكلت حلف هو وغرمت له .

وقوله في الـكتاب : ومن قول مـالك يومئـذ إنه لا يقضي في التـمليك إلا في المجلس ، إنما ذكر هذا لئلا يـتوهم [ق/ ١٢٠/ ٣أ] متوهم أنه إنما كان القـول قولها ، لأنها إن لم تكن قضت قولهـا فقولها الساعة قضي عـلى قول مالك أن لها أن تعطي وإن افترقا من المجلس .

قال ابن القاسم : وإذا قال لزوجته : خالعتني على هذا العبد ، فقالت المرأة: بل على هذا الثوب ، فـالقول قـولها وتحلف ، إلا أن يأتي الزوج ببيـنة ، لأن ملكًا قال فيمن صالح زوجته على شيء فيما بينهما فلما أتى ببينة ليشهد عليها جحدت المرأة أن تكون أعطته شيئًا على ذلك ، أن الخلع ثابت ولا يلزمها إلا اليمين ، ولو جاء للزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق .

وإن قيل إن ادعى أن زوجـته خالـعته على شيء فـأنكرته ، فأحلفـتها وألزمـته الخلع، هل للزوجة نفقة ، لأنها تقول : إنما أقررت بالخلع لتسقط نفقتي في العدة .

فالجواب عن ذلك أنها إن أقرت له بالمخالعة ، لكنها قالت : إنما كانت على غير شيء ، ولا نفقة لهـا ، لأنها واحدة بائنة ، وكذلك على قول من يرى البـتة ، وأما على قول من يرى أنهـا واحدة رجعية فلهـا النفقة وتكون واحدة بائنـة ؛ لأنه مقر أنه خالعـها على مـال ، وهي تقول : إنما أراد بدعـواه لذلك أن يسقط عن نفـسه نفـقة العدة، ولا ينفعك قولك : أنت خالعتني على قول من يرى أنها واحدة رجعية .

ومن «العتـبية» : قـال أصبغ : وإذا أقام بينه أنه صـالحها على عبدها ، فـأنكرتها وأقامت بينة أنهـا إنما صالحته على عـشرة دنانير ، وكل بينة تقول : إنهـا كانت لفظة واحدة في مجلس واحـد ، فالبينات تسقط والصلح مـاض ، وليس له إلا العشرة إن

شاء .

وكذلك إن ادعى أنه صالحها بالأمرين .

قال سحنون عن ابن القاسم : وإذا صالحته على عبد غائب ، فمات أو وجد به عيبًا ، فقالت : كان ذلك به بعد الصلح ، وقال هو : قبل الصلح ، فالمرأة مدعية وعليها البينة ، وإن ثبت أنه مات بعد الصلح ، فلا عدة فيه ، بخلاف البيع .

في خلع الأب والوصي والسيد والأمة وأم الولد والمكاتبة

قال الله سبحانه : ﴿ **إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ** ﴾ (١).

قال مالك : وهو الأب في ابنته البكر والسيد في أمته .

فقال مالك : ويجوز للأب أو الوصي المبارأة على الصغير على النظر والحظ فيما يأخذ أو كما ينكحه نظما .

قال ابن القاسم وغيره : ألا ترى أنهما ينكحانه وهو كاره لما يريان له في الحظ في النكاح من المرأة الموسرة ، فكذلك يطلقان عليه بالمال وشبهه ، ولا يلزم الصبي أن يطلقها عليه على غير الخلع وأخذ المال .

قال ابن القاسم : وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي [فأقام له](٢) القاضي خليفة ، كان الوصي في جميع أموره .

ولو كان الأب هو الذي عقد نكاح ولده ، ثم مات الأب ، والابن صغير ، فصالح الوصي عنه امرأته ، جاز ذلك على الصبي ويلزم الصبي طلقة بائنة في مبارأة أبيه أو وصيه ، فإن تزوجها بعد بلوغه أو قبله ثم طلقها بعد بلوغه طلقتين لم تحل له إلا بعد زوج .

فصل

وإذا زوج الوصي يتيمه وقد بلغ سفيها بأمره ، أو زوج السيد عبده البالغ بغير أمره [ق/ ١٠٥/٣ب] فذلك جائز عليه ، أو زوج ابنه أو يتيمه قبل البلوغ ثم بلغ سفيهاً ، لم تجز المبارأة على أحد من هؤلاء بغير إذنه ، لأنه ممن يلزمه طلاقه إن طلق، ولا يكرهون على الطلاق .

قال أبو محمد : وروى عيسى عن ابن القاسم في «العتبية» أنه يبارىء عن السفيه

---

(١) سورة البقرة (٢٧٣).

(٢) سقط من أ .

ويزوجه بغير أمره ، وقد تقدم في كتاب النكاح الأول الاختلاف في إكراهه على النكاح من كلام ابن حبيب .

ومن كتاب الخلع : قال ابن القاسم : وإذا زوج السيد عبده الصغير ، لم يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له .

وروى ابن نافع عن مالك : فيمن زوج وصيفة من وصيفاته ولم يبلغا أنه جائز .

فإن فرق السيد بينهما على النظر والاجتهاد جاز ذلك ما لم يبلغا .

قال ابن نافع : لا يجوز من ذلك إلا ما كان على وجه الخلع .

قال مالك : وللأب أن يخالع على ابنته الصغيرة وإن على إسقاط جميع المهر ، فذلك جائز عليها ، وليس للوصي أو غيره أن يخالعها من زوجها ، بخلاف مبارأة الوصي عن يتيمه .

والفرق بينهما أن الوصي يزوج يتيمه ولا يستأمره ، ولا يزوج يتيمته إلا بإذنها بعد بلوغها ، فذلك يبارئ عن يتيمه ولا يبارئ عن يتيمته إلا برضاها .

وروى ابن نافع عن مالك : في صغيرة زوجها أبوها أن للخليفة أن يبارئ عنها على وجه النظر ، ويلزمها ذلك إذا كبرت ، فأنكره سحنون وأسقطه ولم يقره عند السماع .

ومن «العتبية» : روى يحيي بن يحيى عن ابن القاسم في التي تبلغ المحيض ، وقد بني بها الزوج فصالحته على مال أعطته ، فذلك جائز نافذ ، وله ما أخذ إن كان ما يصالح به مثلها .

وقال ابن اللباد : المعروف من قول أصحابنا : أن المال مردود والخلع ماض .

وقال سحنون في اليتيمة البالغة تفتدى من زوجها قبل البناء ، فذلك جائز وله ما أخذ [إن كان ما يصالح به مثلها، **وقال ابن اللباد** : وله ما أخذ] [1]ولا رجوع لها فيه .

قال في كتاب ابنه : ولم يجزه : لم أعبه فيما اختار . وقال أصبغ : لا يجوز مبارأة الصغيرة غير البالغ أو السفيه ، وكذلك بعد موت أبيها قبل البناء ويرد ما أخذ منها ويمضي الفراق ، ولو أخذ الزوج بما يدركه حميلا في نصف الصداق الذي بارأته به فغرمه ، رجع به على الحميل ، وفي التي يبارئ عنها أب أو أخ بغير علمها ، إلا أن هذه يرجع فيها الزوج بما أدى فيأخذه فمن يبارئ عنها ، ولا يرجع في مبارأة

---

(١) سقط من أ .

الصبي الحميل بما غرمه الزوج على أحد .

ومن «المدونة» قال مالك : وإذا خالع الأب على ابنته الثيب بعد البناء وهي بالغ على أن ضمن للزوج الصداق ، فلم ترض الابنة بطلاق الأب ، فأخذت به الزوج ورجع به الزوج على الأب .

وكذلك الأخ في هذه بمنزلة الأب .

قال ابن القاسم : وكذلك الأجنبي ، وإن خالعها الأب بعد البناء وقبل بلوغها على أن ترك لزوجها جميع المهر ، جاز ذلك عليها ، ثم لأبيها إذا رجعت إليه قبل البلوغ أن يزوجها كما يزوج البكر ولحوزاته عليها .

قال أشهب وابن القاسم ومالك : ما لم تحض .

وقال سحنون : يزوجها وإن حاضت ، وقد تقدم إيعاب هذا وشرحه في كتاب النكاح .

فصل

قال مالك : ولا تختلع أمة ولا أم ولد من زوج بمال إلا أن يأذن السيد ، فإن فعلا بغير إذنه كان له رد العطية ولزم الزوج الصلح ، ويرد ما أخذ ولا يتبع به الأمة إن عتقت ، وأكره أن يزوج الرجل أم ولده ، فإن فعل وجهل لم يفسخ إلا أن يكون أمرًا بينًا من الضرر بها فيفسخ ، وقد تقدم هذا في كتاب النكاح ، وتحوز ما خالعت به المكاتب أو وهبت من مالها بإذن السيد .

سحنون : وذلك في الشيء اليسير التافه ، وأما ما له القدر فلا ؛ لأن ذلك داعية إلى عجزها في الخلع في المرض .

قال مالك : ومن خالع زوجته في مرضه ، جاز له ما أخذ منها ، وإن مات من مرضه ذلك ورثته ، وإن ماتت هي لا يرثها قال [ق/ ١٢١/ ٣أ] أبو عمران : وترث المرأة من المال الذي أعطته ، ومثله لابن المواز قال مالك : وكذلك إن ملكها في مرضه ، أو خيرها فاختارت نفسها ، أو طلقها طلاقًا بائنًا في مرضه بأي وجه كان فإنه لا يرثها إن ماتت ، وهي ترثه إن مات من ذلك المرض ؛ لأن الطلاق جاء من قبله .

قال مالك : وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها ، لم يجز

ولا يرثها .

قال ابن القاسم : وأنا أرى أنها إذا اختلعت على أكثر من ميراثه ، فله قدر ميراثه، فأما على قدر ميراثه منها فأقل ، فذلك جائز ولا يتوارثان .

وقال ابن نافع : إذا خالعها على أكثر من ميراثه لزمه الطلاق ، ولا يجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل ما فسر ابن القاسم .

قال ابن نافع عن مالك : ويوقف المال حتى تصح أو تموت .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك في المريض : يخالع امرأته : فذلك جائز ، وله ما أخذ منها ، وترثه مما أخذ منها .

ومن غيره [قال مالك:][1] وإن كانت هي المريضة لم يجز الخلع .

ابن المواز : ولمالك قول آخر أبين من هذا .

وروى عنه ابن عبد الحكم : أنه يكون له منه خلع مثلها ويرد ما بقي .

ابن المواز : وثم جواب أحسن من هذا ، إذ لا [ق/١٠٦/١٣ب] تهمة فيه ، وهو قول ابن القاسم .

وإن ماتت من ذلك المرض ، فله قدر ميراثه منها ، وقاله أصبغ .

وقال : يوقف ذلك ولا يمكنه منه ، فأن صحت أخذه ، وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه من التركة يوم ماتت لا يوم تصح إن كان أقل من ميراثه فله الأقل ، ولا يحسب عليها ما أنفقت على نفسها في مصالحها .

ابن المواز : ولا ما تلف ، ولا يحسب ما صالحته به من التركة وليس لها تعمد تلف ما لها من غير مصلحة ، فإن أوصت بشيء فذلك في ثلث بقية تركتها بعد عزل ما صالحوا به ، ثم يضاف ذلك إلى ما بقي بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ما صالح به أقل ، فيأخذ الأقل .

ومن «العتبية» روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : قال مالك : إنما ينظر ، فإن كان قدر ميراثه منها يوم الصلح أو أقل نفذ ذلك للزوج ، ولا تبالي كان أكثر من ميراثه منها يوم الموت أو أقل ، هلك مالها كله أو بعضه قبل أن تموت أو بقي ، ولا شيء لورثته عليه ، وقد انقطع الأمر بينهم يوم وقع الصلح ، وكأنه حكم مضى بأمر جائز ، ولأن الذي أخذ الزوج لو هلك لم يرجع على الورثة بشيء من قيمته

---

(١) سقط من أ .

ومصالحتها بالذي أعطته كبيع من البيوع .

فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى أو حنث في يمين بطلاقها ، وجامع مسائل منه .

قال ابن القاسم : ومن صالح امرأته ثم ظاهر منهـا في عدتها أو آلى لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهـار ، إلا أن يقول : إن تزوجتك ، أو يجري قـبل ذلك من الكلام ما يدل عليه ، فيلزمه الظهـار إن تزوجها ؛ لأن مالكًا قال فيمن خـالع إحدى امرأتيه ، فقالت له الأخرى : ستراجعـها ، فقال : هي طالق أبدًا ، ولا نية له ، وإن تزوجها طلقت عليه مرة واحدة وكان خاطبًا ؛ لأن مالكًا جعله جواب لكلام امرأته .

وفي غير «المدونة» : من قال لامرأته : أنت طالق أبدًا ، أنها ثلاث .

وحكى عن بعض الـقرويين أن هـذا ليس بخـلاف لما في «المدونة» ، وأن مـعنى مـسـألة «المدونة» أنه إنما وقع التـأبيـد على الرجـعـة ، كـأنه لما قـالت له امـرأته : ستراجـعها، قال : إن راجعـتها أبدًا فهي طالق ، فلذلك لزمـه طلقة ، وصوب هذا القول بعض أصحابنا .

وظاهر «المدونة» خـلاف ذلك ، وأنه إنما وقع التـأبيد على الطلاق لأنه لما قـالت له: ستـراجعهـا ، قال : هي طالق أبدًا ، يريد : إن راجعـتها ، فـعلى هذا التأويل يصير في قوله : أنت طالق أبدًا قولان:

قول أنه واحدة ، وقول أنه ثلاث ، والله أعلم .

ومن «المدونة» قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق، فصالحها ثم دخلتها بعد الصلح ، لم يلزمه الطلاق .

قال مالك : وإن قال لها لم أقض فلانا حقـه لوقت كذا فأنت طالق ثلاثا ، فلما جاز الوقت وخـاف الحنث صالحها فـرارًا من أن يقع عليه الطلاق ، فبـئس ماصنع ، ولا يعجبني أن يفعل ذلك .

فإن فعل ثم يحنث إن لم يقض فلانًا حقه ؛ لأن الوقت مضى وليست له بامرأة.

قال ابن القاسم : ولو تزوجها بعد الوقت لم يحنث، قضى فلان حقه أم لا .

وإن صالحهـا بدراهم أو طعام أو عرض موصـوف إلى أجل جاز ، وله أن يأخذ بذلك رهنًا أو كفيلاً، ولا يبيع الطعام قبل قبضه ، لأنه محمل البيع .

وإن صالحها بدين فباعه منها بـعرض إلى أجل، أو صالحها على عرض موصوف

إلى أجل فباعه منها بلبن إلى أجل، لم يجز لأنه دين بدين، ويرجع فيكون له الدين الأول.

وإن صالحها على عبد بعينه على ألا يقبضه إلا إلى أجل من الآجال وهو حال، والخلع جائز والأجل فيه باطل.

قال سليمان: قال سحنون : الخلع جائز والعبد إلى أجله، كما إذا خالعته بجنين في بطن أمه، ولا يكون له إذا خرج.

والفرق عند ابن القاسم بين العبد المعين وبين الجنين والعبد الآبق والثمرة التي لم يبد صلاحها ، أنه في هذه الأشياء لا يقدر الآن على قبضها وإزالة الغرر فيها، فعذر بإجازة ذلك في الخلع ؛ لأنه له أن يخالعها بغير عوض، وكأنه في العذر خالعها بغير شيء، وأما العبد المعين فهما قادران على قبضه فترك ذلك تعمداً غرر دخل فيه من غير عذر ، فلذلك منع منه ، وإجازة ذلك في الخلع ـ كما قال سحنون ـ أبين والله أعلم.

---

(١) سورة القصص (٢٧).

جامع القول في حضانة الولد

روى أن رسول الله ﷺ قضى للأم بالحضانة على الأب وقال لها: «**أنت أحق به ما لم تنكحي**» ، وقضى بها أبو بكر وعمر ما لم تنكح الأم ، وقضى أبو بكر على عمر أن أم الأم إذا نكحت الأم أحق منه في حضانة ولده، وكانت كل من هي أقرب رحماً بالأم من النساء فذلك لها بعد الأم ، ولأن المراعاة في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد.

واختلف عن مالك هل هذا حق للأم أم للولد [ق/ ١٠٧ / ٣ب] عليها؟ فإذا قلنا: إنه حق للأم، فلقوله عليه السلام : « **أنت أحق به ما لم تنكحي** » ، ولأنه يلحقها ضرر بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحق عليه وأرفق به.

وإذا قلنا : إنه أحق للولد ، فلأن الغرض حفظ الصبي ومراعاة مصالحه دون مراعاة الأم، ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه، وكذلك إذا غاب الولد غيبة استقرار .

ومن «المدونة»: قال مالك: ويترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ، ثم يذهب حيث يشاء ، وللأب أن يتعاهد الولد عند أمهم ويؤدبهم ويبعثهم إلى المكتب، ولا يبيتوا إلا عندها، إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك ، فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها لا قبل ذلك ، ثم لا يرد إليها إذا طلقت أو مات زوجها، ولا حق لها فيه إذا أسلمت مرة.

وقال عبد الوهاب : لزوال المانع، وما في «المدونة» أصوب، كزوال نفقة عن الأب بالبلوغ، نعم إن زَمِنَ لم ترجع إليه بعد أن دخل بها [ق/ ١٢٢/ ٣أ] لأن النفقة والحضانة إذا سقطت لم تعد، وإنما يجب باستصحاب الوجوب وقد قال ابن المواز: قال ابن القاسم : وإذا تزوجت الأم أو الجدة فلم يؤخذ الولد منها حتى فارقها الزوج، فلا ينزعوا منها ، بخلاف لو أخذوا منها .

قال مالك: ولو ردتهم له استثقالاً من غير نكاح ثم بدا لها، فليس لها أخذهم،

إلا أن تأتي بعذر له وجه.

قال في رواية أشهب : مثل أن تكون مـرضت أو انقطع لبنها ، وإلا فليس ذلك لها.

قال مالك: وإذا بقي الولد مع أبيه والأم منتـحية عنه ، فلمـا مات الأب أرادت أخذه، فليس ذلك لها لاستصحاب الحال، فهذا يؤيد ما قلنا، وبالله التوفيق.

ومن «العتبيـة» قال أشهب عن مالك: فيمن توفى زوجهـا وتركت أولادها خمسة أشهر أو سبعة ، ثم قيل لها: أنت أحق بهم مالم تنكحي ، فقالت : والله ما علمت بهذا، فقال الشأن في هذا قريب فقد تجهل السنة.

وسئل عـمن فارق امرأته وله منهـا بنت فطرحهـا إليها ولحـقت بأهلها فتـيامت عندهم ما شاء الله ثم تزوجت لا تعرض لابنتها ولا تريدها حتى ماتت ، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها .

فقال: إن كان لذلك سنة فـأكثر فلا شيء لهـا قد تركوها ورفضـوها ، وإن كان ليس لذلك إلا يسير ، فأرى لها أخذها.

قال بعض أصحابنا : واختلف شيوخنا إذا تزوجت الأم تزويجًـا فاسدًا لا يقران عليه ودخل بها الزوج ونزع منها الولد، ثم علم فساد النكاح ففسخ.

فقال بعضهم: يرجع إليها الولد .

وقال غيره: لا يرجع ، وهو أصوب، وفسخ نكاحهـا كطلاق زوجها في النكاح الصحيح.

وقال بعض شيوخنا: وإذا كان للولد وليان وهما في القعود سواء، فسافر أحدهما فليس له الرحلة بالولد والمقـيم أولى لبقاء الولد مع أمـه، وكذلك إن لم يكن له أم، ولأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى.

قال محمد : قال ابن القاسم: فإن نكحت الأم أحدهما لم ينزع منها إذا كان ذلك أرفق به. قال أصبغ : إلا أن يخـاف عليه عندها ضيعة وحقـره، فيكون الولي الآخر أحق به.

قال مالك: ومن تزوج امرأة ومعـها بنت صغيـرة قد علمتها ودخـل عليها وهو معها، ثم قال: أخرجيها عني، فليس له ذلك.

ومن «المدونة»: قال مالك : وتترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت حتى تبلغ النكاح ويخاف عليها، فإذا بلغت وخيف عليها نظر، فإن كانت الأم في حرز وتحصين فهو أحق بها أبدًا حتى تنكح وإن بلغت أربعين سنة ، وإن لم تكن الأم في حرز وتحصين في مرضها، أو كانت غير مريضة في نفسها ونكحت ودخلت ، فللأب أخذها منها ، وكذلك للأولياء وللوصي أخذ الولد بذلك إذا أخذ إلى أمانة وتحصين.

قال ابن المواز : قال مالك: فوصى الأب كالأب في أخذ الولد إذا نكحت أمه وليس له جدة ولا خالة.

قال: وللعم والجد أخذ صبية إذا نكحت أمها، وأما الوصي فليس بينه وبينها محرم ، وكونها مع زوج أمها أحب إليَّ ، لأنه ذو محرم منها، إلا أن يخاف عليها عنده فالوصي أحق.

ومن العتبية : قال ابن القاسم : الوصي كالأب في الولد إلا في إنكاح البكر قبل البلوغ . قال أصبغ : وإن تزوجت الأم فالوصي أحق بالولد جواري كنَّ أو غلمان وإن حصن الإبكار، وهو أحق من الأخ والعم وابن العم إذا كان رضيًا ، وإذا انتقل الوصي من البلد فله أن يرتحل بهن، جواري كنّ أو غلمان، وليس لأخواتهن وأعمامهن وجدودهن معه.

أشهب : وسئل مالك عمن أوصى بابنته إلى ولى فتركها مع عمتها حتى بلغت الجارية أو كاذت أن تبلغ ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أم أمها وأرادت أخذها، وأرادت الجارية أن تكون مع عمتها، ورضي بذلك الولي .

قال: أرى أن تترك مع عمتها إذا أحبت الجارية [ق/١٠٨/٥٣] ورضي بذلك الولي ولا تأخذها الجدة، يدل قوله هذا أن الأم إذا كانت وصية وتزوجت ، أن الولد لا ينزع منها ؛ لأن العمة لما كانت إذا تزوجت ورضيت الصبية والولي بكونها مع عمتها ، لم يضرها التزويج ، وكانت أولى من جدتها لأمها ، فالأم أحرى أن لا ينزع الولد منها إذا رضيت الصبية ، إذ لها الوصية والحضانة ولا يضرها التزويج كما لا يضر العمة، والله أعلم .

ويحتمل إنما كانت العمة أولى لنزل الجدة حضانتها أولى كالأم إذا تركت

حضانتها للأب ثم مات الأب فليس لها أخذهم.

ومن «المدونة» : قال مالك : وكل من له الحضانة من أب أو رحم أو عصبة ليس له كفاية ولا مرضعة بحوز ولا يؤمن في نفسه، فلا حضانة له، والحضانة لمن فيه ذلك وإن بعد ، وينظر السلطان في ذلك للولد بالذي هو أكفأ وأحرز ، فرب والد يضيع ولده ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينزعون منه، ويترك الولد في الحضانة عند غير الأم إلى حد مما يترك عند الأم.

قال مالك في كتاب ابن المواز : وإذا نكحت الأم فالجدة للأم أحق بحضانة الولد إن كان لها منزل تضمهم فيه، ولا تكون تضمهم مع أمهم.

ومن العتبية قال أشهب : ولا يكلف الأب مع النفقة على الولد النفقة على الجدة أو الأم ولا أجر حضانتها إذا أبى ذلك ، وإنما عليه نفقة الولد خاصة، وإن أقامت عليهم وحضنتهم إلا أن يصالحها على شيء ويرضاه .

قال مالك : وإذا قال الأب : ما عندي ما أنفق على الولد ، والولد ابنة بنت أربع سنين.

قال: ولكن أرسليها إليّ تأكل معي .

قال مالك: ينظر ، فإن كان ما ذكر أمرًا معروفًا، قيل للأم: أرسليها تأكل مع أبيها وتأتيك بالليل.

وإن خيف أن يضر بالأم وهو واجد ، فليس له ذلك.

فصل

ومن «المدونة» : والأم أحق بحضانة الولد في الوفاة والطلاق حتى يبلغوا ما وصفنا ، فإن ماتت الأم أو نكحت فدخلت ، فالحضانة لمن هي أقعد بالأم إذا كانت ذا محرم من الصبيان، فالجدة للأم أحق وإن قعدت بعد الأم، ثم الخالة .

ابن المواز : وخالة الخالة.

وروى عن مالك أن الأب أولى من الخالة . قال أصبغ : وليس هذا بشيء ، وقوله المعروف أن الخالة أحق .

ومن «المدونة» : قال مالك : ثم الجدة للأب ثم الأب والأب أولى من الأخوات

والعمات وبنات الأخ، فإن لم يكن الأب فالأخت ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ.

قال مالك في كتاب محمد: فإن لم تكن بنت أخ، فالأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العصبة.

قال في «المدونة»: وهم الأولياء، ومن هؤلاء الأولياء الجد والأخ وابن الأخ والعم وابن العم ومولاة النعمة، لأنه وارث، والمولى عتاقة، وليس من يسلم على يديه بولي ولا يحتسب إليه وإن والاه، وإذا تزوجت الأم ولها أولاد صغار، وجدتهم لأمهم في بلد ثان، وخالتهم معهم حاضرة فالخالة أحق، وإذا كان الولد ليس لهم جدة من قبل أمهم، أو لهم جدة لأم لها زوج أجنبي، فالحضانة لمن هي أقعد بالأم على ما ذكرنا.

قال عبد الوهاب: وإنما قدمت قرابات الأم على قرابات الأب في الحضانة كما قدمت [ق/ ١٢٣/ ٣أ] الأم على الأب، وإنما قدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة، ولذلك قدمت أم الأب على العمة لأنها والدة.

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أقرب الأب أو قرابته من النساء.

فإذا قلنا: إن الأب أولى فلأن به يدلون، والأصل أولى وإذا قلنا: إنهن أولى فلأنهن أرفق بالصبي وألطف به تأتّياه في مصالحه ولا يمكن ذلك للأب؛ لأن ذلك لا يليه الرجال وإنما يليه لهم النساء.

ابن وهب: إن كان للجدة ـ أم الأم ـ زوج، فلا حق لها في الحضانة.

ومن «المدونة»: قال مالك: وكل من خرج من بلده منتقلاً لسكنى بلد آخر غير بلد الأم من أب أو أحد من أولياء الولد الذين ذكرنا، فله الرحلة بالولد إذا كان الولد معه في كفاية، تزوجت الأم أم لا، ويقال لها: اتبعي إن شئت أو دعيه.

قال: وأما من خرج من الأولياء تسفر عن غير سكنى، فليس له الرحلة بالولد الذين ذكرنا.

قال ابن أبي زمنين: كان بعض شيوخنا المقتدى بهم يفتون أن ليس للأب أن يرتحل بالولد لسكنى بلد آخر، حتى يثبت عند الحكم الذي فيه الحضانة أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه.

وخالفهم بعض أصحابنا وقال: إنه إذا أراد الرحيل أخذ ولده ساعة يرتحل،

وعلى هذا القول يدل لفظ الكتاب.

وقد أعاب القول الأول بعض العلماء وقال: أرأيت إن أراد الرحلة إلى العراق أيمضي إليها فيوطن ويشهد هناك ثم يرجع فيأخذ ولده، وليس هذا بشيء.

ومن «المدونة» : قال مالك : وليس للأم أن تنقل الولد من الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا إلى ما قرب كالبريد ونحوه، حيث يبلغ الأب أو الأولياء خبرهم.

قال ابن القاسم : ثم لها أن تقيم هناك.

قال في «العتبية»: وإن كان مسكن الأب [ق/ ١٠٩/ ٣ب] بالإسكندرية فأرادت الأم لما طلقها أن تنقلهم إلى الفسطاط وبينهما ثلاثة أيام.

قال: ليس لها ذلك.

وسئل عمن كانت يسكن معها زوجها بمكانه ثم هلك زوجها وله منها ابنة بنت ثمان سنين وللمتوفى أخوة ، فأرادت الأم أم تنتقل بها إلى إخوتها إلى المسكن الذي كانت تسكنه قبل أن يتزوج هذا وبينهما مرحلتان ، وأبى ذلك عمومة الجارية.

قال مالك: ليس للأم أن تخرجها من عند ولادتها .

فصل

ومن «المدونة» : وللذمية إذا طلقت أو المجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام فيفرق بينهما من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز ، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو بخنزير ، فإذا خيف أن تفعل بهم ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين ، ولا ينزع منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في غير حرز ، وروى ابن وهب: أن لا حق للنصرانية في حضانتهم ؛ لأن المسلمة لو أثنى عليها سواء وكانت تطوف نزعوا منها، فكيف بهذه.

وقال ابن المواز: الحضانة لها واجبة، فكذلك الحرة النصرانية.

ومن «المدونة» : قال مالك: وإذا عتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها، فهي أحق بحضانة ولدها ، إلا أن تباع فتظعن إلى غير بلد الأب، فالأب أحق به، أو يريد الأب انتفاء لا إلى غير بلد الأم فله أخذه، وليس العبد في انتقاله بولده كالجد والأم أحق بهم كانت أمة أو حرة ؛ لأن العبد لا قرار له ولا مسكن.

قال ابن القاسم في «النوادر» : وأرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق ولده إذا تزوجت أمه، وأما العبد المخادم فلا .

ومن «المدونة» : ولأم الولد تعتق ما للحرة من الحضانة.

ابن المواز وقال ابن وهب في أم الولد: تعتق لا حضانة لها في الولد ، وإنما ذلك للحرة يطلقها الزوج.

ومن «المدونة» : قال مالك: وإذا بيعت أمة مسلمة أو كافرة لم يفرق بينها وبين ولدها وبيع معها إلا أن يستغنى الولد عنها في أكله وشربه ومنامه وقيامه، وحد ذلك إذا أبلغ الاتغار ما لم يعجل به، جواري كن أو غلمانًا بخلاف حضانة الحرة.

وقال الليث : حد ذلك أن ينفع نفسه يستغنى عن أمه فوق عشر سنين وتحر ذلك.

قال مالك : ويفرق بين الولد الصغير وبين أبيه وجده وجداته لأمه أو لأبيه في البيع متى شاء سيده ، وإنما ذلك في الأم خاصة، وفي كتاب التجارة بأرض الحرب إيعاب ذلك.

جامع من يلزم الرجل النفقة عليه

قال الله سبحانه في النفقة على المطلقات من أجل الولد : ﴿**فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ (١) فهذا إيجاب نفقة الولد، ويدل عليه أيضًا قوله تعالى : ﴿**وَلا تَقْتُلُوا أَوْلادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاقٍ**﴾ (٢) وقول الرسول ﷺ : «**تقول امرأتك أنفق عليّ أو طلقني ويقول لك ولدك إلى من تكلني**».

فبين أن النفقة تلزم لكل واحد ممن ذكرنا ، وأنه يحتج بما ذكره ولا خلاف في ذلك، وقال الله تعالى في النفقة على الزوجان في العصمة ، وما أوجب عليهن من الرضاع ، ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**﴾(٣).

قال زيد بن أسلم : لا تلقيه له وهو لا يجد من يرضعه ، ولا ينزعه منها وهي تريد رضاعه : ﴿ **وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ معطوف على قوله : ﴿**لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا**﴾ وذلك أولى في اللسان من أن يكون معطوفًا على ذكر النفقة للزوجات.

وذكر ابن القاسم عن مالك: أن الآية منسوخة وقال الله سبحانه في الزوجات : ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ**﴾ (٤) .

قال عبد الوهاب : قال النبي ﷺ : « **تقول لك امرأتك أنفق عليّ أو طلقني**». ولأن الزوجة عقد على منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع، وهي واجبة للزوجة بالعقد والتمكين والاستمتاع ، ولا نفقة على الزوج غير البالغ لأنه لا يتأتى منه الاستمتاع الذي يعاوض عليه لصغره ، ولا للصغيرة التي لا يوطأ مثلها ؛ لأن الاستمتاع غير متأت منها، وإن كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها لأنها كالبالغ [ق/ ١١٠/ ٣ب] ولا نفقة لناشز لما بينا أنها في مقابلة الاستمتاع والتمكين منه، فإذا عدم لم تجب.

وقال أبو عمران: اختلف في الناشز على زوجها هل لها النفقة ، فعند ابن المواز وهو لمالك ، وأراه لابن القاسم ، وقاله سحنون : إن لها النفقة.

---

(١) سورة الطلاق (٦) .
(٢) سورة الإسراء (٣١).
(٣) سورة البقرة (٢٣٣) .
(٤) سورة الطلاق (٧) .

وقال البغداديون من أصحابنا : لا نفقة لناشز ؛ لأنها منعته الوطء الذي هو عوض النفقة، واعتلوا بإيجاب النفقة على الزوج إذا دعى إلى البناء وأن ذلك لا يلزمه إذا لم يمكن من البناء .

قال أبو عمران: فأنا أستحسن في هذا الزمان أن يقال لها : إما أن ترجعي إلى بيتك وتحاكمي زوجك وتناصفيه ، وإلا فلا نفقة لك لتعذر الإحكام والأنصاب في هذا الوقت ، فيكون قول البغدادين في هذا حسنًا، ويكون الأمر على ما قاله الآخرون إذا كان الزوج يقدر على محاكمتها ، فلم تبعد فيؤمر بالنفقة حتى إذا لم تملكه المحاكمة ولم يتمكن [ق/ ١٢٤/ ٣ أ] له حاكم ينصف ولم تجب هي إلى الإنصاف ، فاستحسن أن لا نفقة لها وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم وهي مثل الناشز ، وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها .

قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون : وإذا لم يكن للأب من أين ينفق على ولده إلا دار، فإن كان فيها فضل، وإلا فلا نفقة عليه.

قال بعض أصحابنا : وليس هو كمن عتق شركاً له في عبيد، ولا كمن لزمته كفارة ؛ لأن الله تعالى قال في الكفارات : ﴿ **فَمَن لَّمْ يَجِدْ** ﴾ وهذا واجد ، وقال في العتق: ﴿ **فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ** ﴾ وهذا له مال ، فلذلك وجب البيع عليهما ، وإن كان لا فضل في الدار.

وأما النفقة على الولد فإنما هي مواساة ، وإنما يواس من كان غنيًا ، فإذا لم يكن في داره فضل فهو فقير ، ألا ترى أنه يأخذ الزكاة كما يأخذها الفقراء، فلم يتوجه عليه نفقة لهذا، والله أعلم.

قال مالك: ويلزم الأب المسلم نفقة ابنه الصغير الفقير.

قال: وإذا أخذ الولد من له الحضانة، فعلى الأب نفقتهم وكسوتهم وسكناهم ما بقوا في الحضانة، ويخدمهم إن احتاجوا إلى ذلك، وكان الأب مليًا ، ولحاضنتهم قبض نفقتهم .

وإن كان الأب عديمًا فهم من فقراء المسلمين، ولا يجبر أحد على نفقتهم ولا الأم، وإن كانت موسرة، إلا الأب وحده إذا قدر .

وقال ابن القاسم في «الدمياطية» فيمن طلق امرأته [ق /١١١/ ٣ب] وله منها ولد وهو ملي: فعليه أن يخدم الولد، والسكنى عليه وعليها.

وقال يحيى بن عمر : يريد على الجماجم.

وقال أيضًا ابن القاسم : ليس عليه للولد إلا النفقة وليس عليه أن يكرى لها.

وقد تقدم من « العتبية» وهو في كتاب محمد : أن ليس عليه للولد إلا النفقة، ولا يكلف نفقة للجدة ولا للأم إلا أجر حضانتيهما .

ومن «المدونة» : قال: ويلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا ، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن لعجز هن عن التكسب ، بخلاف الذكور .

قال مالك: إلا أن يكون للذكر الصغير كسب يستغني به، أو له مال فينفق عليه منه، وإن طلقت الجارية بعد البناء ومات زوجها فلا نفقة لها على الأب، وإن كانت فقيرة.

م: وذلك لما قلنا إن النفقة إنما تجب باستصحاب الوجوب، فإذا أسقطت مرة فلا تعود .

ومن «المدونة» : قال مالك: وإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها .

قال : وعليه نفقة من بلغ من ولده أعمى أو مجنونًا أو ذا زمانة لا حراك له.

م : لأن ذلك يمنع التكسب، فإن صحوا سقطت ثم لا تعود إن عاد ذلك؛ لأن نفقتهم إنما تجب باستصحاب الوجوب.

قال مالك: وإن بلغوا أصحاء ثم أصابهم ذلك بعد خروجهم من ولاية الأب، فلا نفقة لهم عليه .

ابن المواز : قال مالك: ولو بنى بالبكر زوجها وهي زمنة ثم فارقها، فالنفقة باقية على الأب، كالصغيرة تطلق قبل البناء وقبل المحيض، واختلف في نفقة هذه بعد المحيض . وقال ابن وهب : في الولد يبلغ أعمى أو مبتلى أو مكسورًا، فلا نفقة على أبيه، وعلى كل محتلم نفقة نفسه، وقول مالك أولى لما بيناه، وإنما كان البلوغ في الذكور حدًا، لأنه قد بلغ حد التكسب والقيام بنفسه ، فإذا بلغ زمنًا فلم يبلغ بعد حد التكسب ، فهو على أمره حتى يبلغه ويطيقه .

فصل

ابن المواز: قال مالك: وإذا أنفق الأب على الولد من عنده ، وللولد مال غير ما بيد الأب أو غيره ، فله الرجوع فيه، فإن مات الأب قبل أخذه ، فأراد الورثة الرجوع عليه بالنفقة مذ كان له مال، فإن كان مال الولد عينًا وهو يمكنه أخذه فلم يفعل، لم يكن للورثة الرجوع عليه، وإن كتبه عليه الأب، إلا أن يوصى به، وذلك من شأن

الآباء أن ينفقوا على الأبناء وإن كانت لهم أموال.

وأما إن كان مال الولد عروضًا أو حيوانًا فللورثة محاسبة الابن بذلك إذا كتبه .

قال ابن القاسم في « العتبية» : إلا أن يقول في مرضه: لا تحاسبوه ، فذلك جائز نافذ، ولا تكون وصية لوارث ، لأنه شيء فعله في صحته .

ابن المواز : وروى لمالك أيضًا أنه قال : يحاسبوه إن كان المال عروضًا ، ولم يذكر كتبه أو لم يكتبه، ويحسب كل وقت بسعره.

وقال ابن القاسم : إن كان مال الولد عينًا لم يحاسبوا ، وإن كان عروضًا حوسبوا، ولعله لم يمكنه البيع حتى مات .

وقال أشهب : أرى أن يحاسب في العين والعروض وإن أوصى أن لا يحاسب.

فصل

ومن «المدونة» : قال ربيعة : والنفقة على الأبوين الفقيرين مما يراه المسلمون، لقول الله سبحانه ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾(١) وقال الله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾(٢).

قال مالك : فيلزم الولد المسلم نفقة أبويه الفقيرين ، كانا مسلمين أو كافرين ، والولد صغير أو كبير، ذكرًا أو أنثى، كانت البنت متزوجة أم لا، وإن كره زوج الابنة، وكذلك من مال يوهب للولد أو يتصدق به عليه.

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك لقوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ وقوله : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ قال : وسواء كان الأب صحيحًا أو زمنًا ، وأمرهما آكد من الولد.

ومن «المدونة» : قال مالك : وينفق على امرأة واحدة لأبيه لا أكثر ، وإذ لم تكن أمه.

م : وحكى عن بعض شيوخنا القرويين أنه قال: اختلف إذا كان للأب امرأتان: أحدهما أم الولد وهي فقيرة ، والأخرى أجنبية، فقيل: يلزمه نفقتها وأمه لأنها فقيرة، ولو فارقها الأب لزمه نفقتها ، والأخرى فلأنها لو كانت وحدها لزمته لها النفقة.

وقيل: لا نفقة عليه لزوجة أبيه الأخرى ، وهذا أشبه بظاهر الكتاب، إذ ليس

(١) سورة البقرة (٨٣) .
(٢) سورة لقمان (١٥).

عليه أن ينفق له إلا على امـرأة واحدة ، فإذا كانت أمـه تقوم بالأب وموافقـته فليس عليه أن ينفق على الأخرى، كما ليس عليه أن ينفق على امرأتين.

ومن «المدونة» : وينفق على خادم أبيـه وعلى خادم زوجة أبيه لأن خـادم زوجته يخدمه إذ على الابن إخدامه إن قدر .

قال مالك: وينفق على أمه وإن كان لها زوج فقير، ولا ينفق على زوجها ، ولا حجة للولد إن قال: يفارقها الزوج حتى أنفق عليها .

قال ابن حبيب : قال مطرف : إذا كانت الأم فقيرة والولد صغارًا يتامى، فالنفقة لهـا في مال الولد عـلى قدر المواريث [ق/ ١١٢/١٣ب] على الذكـر مـثلاً مـا على الأنثى ؛ لأن النفـقة إنما وجبت في أمـوالهم لصغـرهم وقال أصبغ : بل هـي عليهم بالسواء في صغرهم وكبرهم، وبقول مطرف أقول .

قال أبو محمد في كـتاب أبي الفرج : في الأب يكون له بنون : إنه إن كان كل واحد منهم يلزمه النفقة على انفراده ، لزمتهم النفقة أجمعين بالسواء .

وإن كان بعضهم لا يلزمه على انفراد شيء فنفـقته على باقيهم ، وكأن ابن المواز أشار إلى أن على كل واحد منهم بقدر يساره وجدته .

م : وما في كـتاب أبي الفـرج أبين ، وذلك كالحـملاء بدين لرجـل وكل واحد حميل بصاحبـه ، وأنه إن لقى أحدهم أخذه بجميع الدين، وإن لقيهم جـميعًا أملياء أخذ كل واحد بما ينوبه .

م: ووجه قـول أصبغ ، فلأن كل واحـد لو انفرد لوجبت عـليه النفقـة كاملة، صغيرًا أو كبـيرًا ، ذكرًا أو أنثى ، فإذا اجتمعـوا وزعت عليهم بالسواء، وله وجه في القياس .

ومن «المدونة» : قال مالك: وما أنفق على الوالدين من مـال الولد فلا يتبعان به إذا أيسرا.

وإن كان الأب أو الولد فقيرًا ، لم يلزم أحدهمـا نفقة صاحبه ، وينفق على من له خادم [ق/ ١٢٥/ ٣أ] من الأبوين عليه وعليها .

وكذلك إن كـانت له دار لا فضل في ثمنهـا ، فله النفقـة كما يعـطى من الزكاة ويعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة على من ذكرنا .

ومن أسلم وله بنات قد حضن فاخترن الكفر، فعليه نفقتهن.

م : قال: هاهنا ينفق على خادم الأب.

وقال: ينفق على خادم الولد ، ويقال له : إما أنفقت أو بعت.

والفرق بينهما أن الأب هو المحتاج للخادم إما للخدمة أو للوطء ، فهي كالزوجة، فإن كان الولد محتاجًا إلى الخدمة لزم الأب النفقة عليه وعلى خادمه، إذ عليه إخدامه، ولا فرق بينهما إذا أنفقوا .

فصل

قال مالك: وللزوج أن يظعن بزوجته من بلد [إلى بلد] (١) وإن كرهت، وينفق عليها .

وإن قالت : حتى آخذ صداقي نظر ، فإن كان قد بنى بها ، فله الخروج بها، وتتبعه به دينًا، قال الشيخ : يريد في عدمه .

وأما إن كان موسرًا ، فلا تخرج حتى تأخذ صداقها ، وقاله أبو عمران.

قال مالك في «العتبية» : ينظر إلى صلاحه وإحسانه إليها ، إذ ليس له أن يخرج بها حتى يطعمها شوك الحيتان.

ومن «المدونة»: قال مالك : ولا يلزم الجد نفقة ولد الولد، كما لا تلزمهم نفقته.

قال عبد الوهاب : لأن النفقة على الأقارب لا تلزم انتقالاً ، وإنما تجب ابتداء ، ونفقة الجد كانت لازمة للأب، فلا تنتقل إلى ولده.

وكذلك نفقة الولد كانت لازمة للأب، فلا تنتقل إلى الجد.

ومن «المدونة»: قال : ويلزم الزوج نفقة زوجته وخادم واحدة من خدمها لا أكثر.

قال: ولا يلزمه نفقة أخ ولا ذي رحم منه.

فصل

قال [مالك] (٢): وإذا كان للبكر خادم ورثتها عن أمها ولا بد لها ممن يخدمها ،

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ب .

فعلى الأب أن ينفق على الابنة ، ولا يلزمه نفقة خادمها .

قال ابن القاسم : ويقال للأب: إما أنفقت على الخادم أو بعتها.

قال سحنون: لا يلزمه لها ولا للخادم نفقة ، لأنها ملية ، وكذلك قال ابن المواز عن أشهب أنه لا نفقة عليه لابنته ، لأن لها خادمًا ، ويبيعها للنفقة عليها، ويزكي زكاة الفطر عنها.

قال ابن المواز: وإن كان الولد لابد له ممن يخدمه، فعلى الأب أن ينفق ويزكي عن [الولد] (١) و الخادم ويجبر على ذلك.

وإن كان للولد غنى عن الخادم فلا شيء على الأب ، إلا أنه ينفق ويزكي ويثبت ذلك عليها ، فإذا باع واستوفى وإلى هذا رجع ابن القاسم وأشهب .

---

(١) سقط من أ.

ما جاء في الحكمين

قال الله تعالى : ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ﴾ [النساء: ٣٥] ،وبعث عثمان بن عفان ابن عباس ومعاوية حكمين في قصة عقيل وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة.

وقال علي ـ رضي الله عنه ـ للحكمين: أتدريان ما عليكما ، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وتفريقهما على وجه الحكم لا على وجه الوكالة، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي، لقوله تعالى : ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا**﴾ وذلك خطاب للأئمة والحكام دون الزوجين، لأنه تعالى سماهما حكمًا، وذلك يفيد تعلق الحكم بهما دون الوكالة .

ومن «المدونة»: قال مالك : وأحسن ما سمعت من أهل العلم أنه يجوز أمر الحكمين عليهما.

قال: وبلغني أن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ قال : «**أيتهما أن يفرقا بينهما وأن يجمعا**» .

قال مالك: وإنما يبعثهما الإمام إذا قبح ما بين الزوجين حتى [ق/ ١١٣/ ٣ب] يجهل حقيقة أمرهما، ولا يثبت ذلك بالبينات ، فيبعث الإمام حينئذ حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها من أهل العدل والنظر، فإن لم يكن في أهلها من يراه لذلك أهلاً ولا أهل لها ، بعث من غير الأهلين، وإذا وجد من الأهلين كان أولى لعلمهما بالأمر، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام. قال: وللزوجين أن يرضيا ببعثهما دون الإمام ، فإن جعلا ذلك إلى رجل عدل فحكم، مضى ذلك عليهما ، ولا يجوز في ذلك تحكيم عبد أو صبي أو مشرك أو سفيه أو امرأة يبعث الإمام أو يبعث الزوجين دونه ، أو من يليهما إن كانا في ولاية، لأن ذلك خارج عما أراد الله سبحانه من الإصلاح إلى الضرر ، وهؤلاء لا يجوز من منهم اثنان، فكيف بواحد ؟

وقد قال ربيعة: لا يبعث الحكمين إلا السلطان ، فكيف تحكيم المرأة والعبد والصبي والنصراني والمسخوط.

ولو حكَّم الزوجان من ذكرنا أنه لا يحكم ففرق لم يمض ذلك، ولا يكون ذلك طلاقًا.

قال: لأن ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق، ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمهما، ولا تدخل الزوجة في تمليك الطلاق.

ابن المواز: أما المسخوطان وهما غير ذوي عدل فيمضي ما حكما، كما لو قضى بشهادتهما ثم تبين ذلك، لم يرد.

ومن «المدونة»: وإذا كان أحد الزوجين أو كلاهما في ولاية بذلك في بعث الحكمين إلى من يليهما دون العصبة.

قال مالك: وإذا حكما بالفراق كانت طلقة بائنة، حكما بأخذ مال أو بغير مال.

قال: ولا يفرقا بأكثر من واحدة.

قال: فإن حكما بالفراق بعزم على المرأة لنفي الضرر عنها، جاز.

فإن حكما بعزم على الزوج لم يجز.

قال ربيعة: إن الظلم منه فرقا بغير شيء، وإن كان منهما أعطى الزوج على الفراق بعض الصداق، فإن كان الظلم منها خاصة، جاز ما أخذا له منها.

فإن قيل: لما جاز للزوجين أن يحكما رجلاً واحدًا، ولم يجز في جزاء الصيد إلا رجلين، وقد ورد النص أن يكونا حكمين في الوجهين.

فالجواب عن ذلك: أن الحكمين في جزاء الصيد إنما هما لحق الله تعالى لا حق للمحكوم عليه فيهما، فوجب اتباع النظر في ذلك.

وأما الزوجان فالحكم في ذلك إليهما لأنهما الخصمان، ولهما أن يرفعا ذلك بالإصلاح، فلما كان الأمر إليهما جاز أن يرضيا بحكمين أو بحكم واحد، أو يصلحا على أنفسهما، ولا يحتاجان إلى حكم، ولأنه لما جاز لهما أن يجعلاهما من غير الأهلين والنص إنما ورد أن يكونا من الأهلين، دل أن الأمر إليهما، وأن لهما أن يجعلا رجلاً واحدًا كسائر المتحاكمين، فالأمر في ذلك مفترق.

قال ابن القاسم: فإن حكم أحدهما بالطلاق ولم يحكم الآخر، أو حكم أحدهما على مال والآخر على غير مال، لم يلزم شيء إلا باجتماعهما، إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال أحدهما واجتمعا على الفراق، فيلزم.

وإن حكم أحدهما بواحدة والآخر باثنتين، أو اجتمعا على واحدة ، أو على الثلاث أو حكما بلفظ البتة أو خلية أو برية ونوى بها الحكمان ثلاثًا، لم يلزم الزوج في ذلك كله إلا واحدة بائنة، دخل بها أم لا ؛ لأن ما زاد على الواحدة خارج عن معنى الإصلاح.

وروى عن ابن القاسم أن الثلاث تلزمه إن اجتمعا عليها ، وقاله أصبغ.

علي بن زيد : قال أبو عمران : قول ربيعة هذا إن كان الظلم منها أو منه أو منهما وفاق ، وليس بخلاف للمذهب إن تأول أن معنى قوله : أضر بها ، أي في دعواها .

م : وظاهر قوله : إن معنى أضر بها وثبت ذلك عليها بدعواها ، وكأنه أجاز للحكمين أن يأخذا له منها إن كان الضرر منها .

وقد قال بعض شيوخ إفريقية: لا يجوز أن يخالع [ق/ ١٢٦/ ٣ أ] الرجل زوجته على أن يأخذ منها إذا كان الضرر من قبل الزوجين جميعًا، وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا.

قال: وليست كمسألة الحكمين إذا كان الضرر منهما جيمعًا ، لأن النظر هاهنا لغير الزوجين ، فيحكمان في ذلك بالاجتهاد ، فإذا رأيا من النظر أن يعطي بعض شيء من مالها على أن تخرج من عصمته ، جاز ذلك.

وأما إذا ابتدأ هو الخلع بشيء يأخذه ، فلا يجوز له ذلك وقبله بشيء من الضرر.

م : فدل قوله هذا أن للحكمين أن يعطيا الزوج شيئًا من مالها ، وإن كان الضرر من قبلهما وعرف ذلك وثبت ، والله أعلم .

ومن «المدونة» : وحكم التي لم يدخل بها في الحكمين حكم المدخول بها، إلا أنهما لا يبطلان ما للزوج من الرجوع بنصف الصداق إن قبضته ، كما لا يرفقان على الآخذ منه ، ولو حكما بأخذ الزوج منها جميع [ق/ ١١٤/ ٣ب] المهر على الفراق، جاز ذلك.

قال أبو محمد : وأكثر ما في باب الحكمين يذكر أنه ليس الملك إلا ما ذكر مالك فيه .

قال في كتاب ابن المواز : وإذا نزع أحد الزوجين أو هما جميعًا قبل حكم

الحكمين ، فذلك لمن نزع إلا أن يكون السلـطان هو الباعث ، أو يكون نزوع من نزع بعد أن استوعب الكشف عن أمرهما وغرما على الحكم بينهما، فلا نزوع لمن نزع فى هذا ويلزمه .

م : لعله يريد إذا نزع أحدهما في هذا ، فأما لو نزعا جميعًا ورضيا بالاصطلاح والبقاء على الزوجيـة ، فينبغي أن لا يفرق بينهما ، والله المستـعان وهو حسبي ونعم الوكيل.

وتم كتاب الخلع بحـمد الله وعونه وصلى الله على سيدنا مـحمد وعلى آله وسلم تسليمًا كثيرا.

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على محمد وآله

كتاب طلاق السنة والعدة

في طلاق السنة والطلاق ثلاثًا أو في الحيض

قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾(١) وقرأ ابن عمر «فطلقوهن لقبل عدتهن» فندب الله ـ عز وجل ـ من أراد أن يطلق زوجته أن يوقع الطلاق في حال تعتد فيه ، وهو حال الطهر لا حال الحيض، وأن يكون رجعيًا لئلا يندم فلا يمكنه التلافي ، وقال تعالى : ﴿ **وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** ﴾ فدل بذلك أنه لا يجوز الطلاق فى الحيض ولا الطلاق ثلاثا ودلنا الله ـ عز وجل ـ أن من طلق ثلاثًا عاص ولزمه ذلك، بقوله تعالى : ﴿**لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾ وهي الرجعة ، فجعلها الله ـ عز وجل ـ فائتة لمن أوقع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة ، وألزمه ما أوقع ، ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن إيقاع الثلاث في كلمة واحدة ، وقد عاقب علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ وغيره من طلق البتة .

وقد قال ابن عباس : فمن فعل عصى الله فأندمه وأطاع الشيطان ، فلم يجعل له مخرجًا .

وقال ابن عمر : عصى الله وخالف السنة وذهبت منه امرأته ، ونهى الرسول ﷺ عن الطلاق في الحيض.

وقال في طلاق ابن عمر امرأته في الحيض : « **مره فليراجعها** » وإنما الرجعة بعد لزوم الطلاق، ثم ليمسكها ، فدل أن معنى الإمساك غير المراجعة.

وقال القاضي عبد الوهاب : الطلاق في الحيض محرم بالإجماع ، ومن أوقعه فيه لزمه ، خلافًا لمن قال : لا يلزمه .

ودليلنا قوله عليه السلام لعمر في طلاق ابنه في الحيض : « **مره فليراجعها** »

---

(١) سورة الطلاق (١) .

وفي حديث أنه قال : « **أفتعتد بها** » قال : نعم .

وإن ابن عمر قال : يا رسول الله ، أرأيت لو طلقتها ثلاثًا قال : « **إذًا بانت منك وعصيت ربك** » وفي هذه الأخبار أدلة .

أحدها : المراجعة ، ولا يكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه .

والثاني : قوله : «**أفتعتد بها**» قال :نعم ، وهذا نص ، وقول ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثا، قال : «إذًا بانت منك وعصيت ربك» ، وهذا نص.

قال عبد الوهاب : ولا خلاف أن من فرق الثلاث أنها تلزمه ، لقوله تبارك وتعالى : ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** ﴾ إلى قوله عز وجل : ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ وكذلك عندنا أن من أوقعها في كلمة فقد عصى ويلزمه ، خلافًا لمن منع إيقاعه في كلمة.

ودليلنا قوله عز وجل : ﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ إلى قوله : ﴿ **لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**﴾ فندبنا إلى طلاق تملك فيه الرجعة لئلا يندم فلا يمكننا التلافي، وهذا يتضمن الوقوع، وحديث ابن عمر قلت : أرأيت لو طلقها ثلاثًا، قال :إذا تبين منك وتكون معصية.

قال: وذهب الشافعي إلى أن إيقاع الثلاث في كلمة مباح ، ودليلنا عليه أنه عصيان ، حديث ابن عمر هذا، وما ندب الله ـ عز وجل ـ إليه من الطلاق الرجعي، وقال عز وجل : ﴿ **وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ .

وروى محمود بن لبيد قال: أُخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا ، فقام غضبان وقال : « **يُلعب بكتاب الله** [ق/ ١١٥/ ٣ب] **وأنا بين أظهركم** » ولأنه إجماع الصحابة .

وروى عن عمر وعثمان وعلي و ابن عباس وابن عمر ،وابن مسعود وعمران بن حصين ولا مخالف لهم فيه .

ومن «المدونة» : قال مالك: وطلاق السنة أن يطلق الرجل امرأته طلقة في طهر لم يمس فيه ، وإن كان في آخر ساعة منه ، ولا يتبعها في ذلك طلاقًا، ثم يمهلها حتى تنقضي عدتها برؤية أول دم الحيضة الثالثة في الحرة والثانية في الأمة، فيتم للحرة ثلاثة أطهار، وللأمة طهران ، وهي الأقراء التي ذكر الله عز وجل.

قال أبو محمد وغيره : وإنما قلنا : أن يطلقها في طهر لم يمس فيه، لأنه إذا مسها فيه لبس عليها في العدة ، فلم تدر بما تعتد أبالوضع أو الأقراء ، لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع، أو لا تحمل فتعتد بالأقراء [ق/ ١٢٧/ ٣أ] وكره له أن يدخل اللبس عليها.

قال غيره : وفي حديث ابن عمر :« **ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء** ».

قال بعض متبعي مالك: وإنما قلنا : إن الأقراء هي الأطهار خلافًا لأبي حنيفة فى أنها الحيض ؛ لأن القرء مذكر، ولو عنى به الحيض لقال : ثلاث قروء،والقرء جمع الرحم للدم ، ولا يجمعه إلا في الطهر ومنه قريت الضيف ، أي جمعته إليك.

قال الشاعر :

دواعي حرة أدماء بكر هجان اللون لم تقرأ جنينا

قال عبد الوهاب : وفي قوله تعالى : ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ [البقرة:٢٢٨] الآية، أدلة على ذلك أحدها : أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض، والمراد أحدهما، فيجب إذا قعدت المرأة ثلاثة قروء أن يطلق عليها الاسم وتبين منه. والثاني : أن الحكم يتعلق بأوائل الأسماء .

والثالث : أن جمعه بصيغة التذكير ؛ لأن جمع المؤنث فيما دون العشرة يغيرها، وذلك يفيد أنه جمع قروء، وهو طهر لا حيضة .

والرابع : أن إطلاق الأوامر والإخبار عن الوجوب على الفور، ولا يمكن ذلك إلا على ما نقوله من أن يطلقها فتعتد عقيب الطلاق، ولا يمكن ذلك في الحيض وقوله عز وجل: ﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ أي في حال يعتددن فيها ، وعندهم أن حال الطهر ليست بحال عدة، وقوله في حديث ابن عمر : « **مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء**»، وهذا نص.

ومن «المدونة» وكره مالك أن يطلقها في طهر قد جامع فيه ، فإن فعل لزمه، وتعتد بذلك الطهر وإن لم يبق منه إلا يوم واحد ، ولا يؤمر برجعتها .

قال الشيخ : لأنه مطلق للعدة، فلم يوجد فيه التطويل كما وجد فيمن طلق في الحيض، وكره أن يطلقها ثلاثًا في مجلس واحد أو في كل طهر طلقة، فإن فعل لزمه.

قال أشهب : وقال ابن مسعود : إن أراد أن يطلق ثلاثًا، فليطلقها في كل طهر طلقة.

قال أشهب في غير «المدونة»: لا بأس به ما لم يرتجعها في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية، فلا يسعه ذلك ؛ لأنه يطول العدة عليها ويضر بها.

فوجه كراهة مالك أن يطلقها في كل طهر طلقة ؛ لأن ذلك ليس بطلاق السنة الذي أرشد الله ـ عز و جل ـ إليه وهو الرجعي ، لأنه بإيقاع الثالثة في الطهر الثالث لا يمكنه الارتجاع وهي في العدة ، ولم تحل له إلا بعد زوج، فأشبه إيقاع الثلاث في كلمة .

ووجه قول أشهب : أنه كان ممن يمكنه الارتجاع في الطهر الأول والثاني ، ولأنه ليس في ذلك تطويل ، فأشبه الطلاق الرجعي .

ومن «المدونة»: قال مالك: وطلاق السنة في الحامل أن يطلقها واحدة متى شاء وتحل بالوضع لآخر ولد في بطنها ، وله رجعتها ما لم تضع آخر ولد في بطنها.

قال: ولا يطلقها ثلاثًا في مجلس واحد أو في مجالس، فإن فعل لزمه.

قال ابن عمر لامرأة قالت له : إن زوجي طلقني ثلاثًا في كلمة واحدة : قد بنت منه ولا ميراث بينكما، وقد عصى ربه وخالف السنة.

ومن «المدونة» : قال مالك: والتي لم تبلغ المحيض يطلقها واحدة متى شاء للأهلة أو لغير الأهلة، وعدتها ثلاثة أشهر ، وكذلك التي يئست من المحيض.

قال ابن شهاب : وقد كان يقال : يستقبل بطلاقها الأهلة فهو أسد.

م: إذ قد يكون الشهر تسعة وعشرين يومًا فتعتد به، وإذا طلقها لغير الأهلة كانت عدتها تسعين يومًا، والطلاق للأهلة أخف عليها.

ومن «المدونة»: قال مالك: فإن طلقها قبل الهلال أو بعده اعتدت من حين طلقها ثلاثة أشهر ثلاثين يومًا كل شهر .

قال مالك: ويطلق المستحاضة واحدة متى شاء ، وعدتها سنة قال ابن القاسم: كان في ذلك يطأها أم لا .

م : يريد ، لأنه ليس لها قرء يعلم به براءة رحمها، فينهي عن وطئها لئلا يدخل عليها اللبس في العدة. قال: وله رجعتها ما لم تنقض السنة، فإذا مضت السنة حلت

للأزواج ، إلا أن ترتاب.

يريد : بحس البطن فتقيم إلى زوال الريبة.

قال مالك: فإن كان لها قرء يعرف تحراه ، فطلقها عنده واحدة قبل أن يمس كغير المستحاضة.

قال في كتاب [ق / ١١٦/٣ب] الاستبراء: ويكون ذلك لها قرءًا وتحسب به إذا لم يشك النساء أنه دم حيض ، وتحل به الأمة في البيع . يريد أنه يطلقها إذا طهرت من الدم الذي ينكره وعاودها دم الاستحاضة ، ولو طلقها في الدم الذي تنكره لجبر على الرجعة .

قال مالك : في كتاب ابن المواز: لا يبرئها إلا السنة ؛ لأن استحاضتها ريبة وإن رأت دمًا تنكره .

قال : ولو طلقها في ذلك الدم لجبر على الرجعة.

قال بعض فقهائنا : جعلها تعتد بالسنة احتياطًا خوفًا أن لا يكون ذلك الدم دم حيضة، وجبره إذا طلق فيه على الرجعة احتياطًا أيضًا، خوفًا أن يكون دم حيضة.

وفي «النوادر» بإثر كلام ابن المواز: قال: وكل نكاح يفسخ بعد البناء لحرامه ، أو كان مما يفسخ بطلاق للاختلاف فيه ، فإن ذلك كله يفسخ في الحيض ، وتأخيره أعظم وكل ما يفسخ قبل البناء لصداقه ، فإنه يفسخ في الحيض عند ابن القاسم وأشهب .

وأما ما للولي إجازته أو فسخه، فإن بنى فإنه لا يفرق فيه إلا في الطهر بطلقة بائنة.

ويؤخر ذلك سيد العبد وولي السفيه حتى تطهر ، ثم يطلقها عليه بطلقة بائنة، ولو أعتق العبد ورشد السفيه قبل الطلاق لم يطلق عليه.

ومن «المدونة» قال مالك: وله أن يطلقها قبل البناء واحدة متى شاء ، وإن كانت حائضًا أو نفساء إذ لا عدة عليها، ونهى عنه أشهب .

قال ابن المواز: وقول مالك أحب إلينا .

قال عبد الوهاب : وإنما يطلق الصغيرة واليائسة من المحيض متى شاء، لأن أوقاتهما متساوية بثلاثة أشهر ، فيؤمن فيهما ما يخاف في الحائض والنفساء ، والطهر

الذي قد مس فيه، إذ ليس في ذلك تطويل عدة ولا إلباس ، فجاز في كل وقت، وكذلك الحامل لأن عدتها وضع الحمل، وكذلك المستحاضة لأن عدتها سنة، فلا تطويل في ذلك وفي طلاق غير المدخول بها حائضًا روايتان : الجواز ، والمنع.

فوجه الجواز : أنه حال لا يلحقها ضرر بالطلاق فيها ؛ إذ لا عدة عليها ففارقت المدخول بها .

ووجه المنع : فلأنه طلاق في الحيض ، وقد نهى عنه .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: ومن قال لامرأته وهي حائض: أنت طالق للسنة، أو قال إذا طهرت : فأنت طالق، لزمته مكانه طلقة، وجبر على الرجعة.

ولو قال : ثلاثًا للسنة وقعن به ساعتئذ، كانت طاهرًا أو حائضًا ، وبانت منه.

ابن وهب : وأن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له : « **مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة** [ق/ ١٢٨/ ٣ أ] **التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء** » .

قال مالك: وإذا طلق المدخول بها طلقة وهي حائض أو نفساء، لزمه ذلك وجبر على الرجعة، وإن طهرت وحاضت الثانية وطهرت ما لم تنقض العدة فتحل له، وقاله ابن القاسم .

ابن المواز ، وقاله ابن الماجشون ، وهو أحب إليّ لأنها رجعة وجبت.

وقال أشهب : يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإذا صارت فى الحال التى أباح النبى ﷺ طلاقها لم يجبر على الرجعة .

قال عبد الوهاب : فوجه قول ابن القاسم قوله ﷺ : « **مره فليراجعها** » فأطلق ولم يقيد ، ولأن العدة باقية ، أصله ما لم تطهر الطهر الثاني .

ووجه قول أشهب، أنه صارت إلى حال لو أراد طلاقها فيه لجاز له، فلا معنى للإجبار على الارتجاع مع إباحة الطلاق .

وإنما شرطنا أأنه إن كان رجعيا جبر على الارتجاع ، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي لحديث ابن عمر، ولأن فيه تطويلاً على المرأة فنهى عن الضرر بها ، فلم اقتحم وأضر بها عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها ، فإن شاء الطلاق طلق للعدة التي أمر الله بها .

وإنما قلنا : يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلق في الطهر الثاني إن

شاء للحديث ، ولأنا إنما أمرناه بالرجعة نظرًا للمرأة لئلا يضر بها في تطويل عدتها، فيجب أن ينظر له أيضًا ليكون له حظ في الرجعة من الاستمتاع ، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر الذى يلي الحيض لم يطلق فيه على ما بينا أنه لا يطلق في طهر مس فيه.

فإذا طهرت طهرًا ثانيًا جاز له الطلاق قبل أن يمس، ولأنا لو ألزمناه الارتجاع ، ولم نبح له الوطء لم يجز ذلك ، فإذا وطئ منعنا الطلاق ، إذ لا يطلق في طهر قد مس فيه وإذا تعقبه بالطلاق في الحيض [صار] [1] ممنوعًا ، فإذا طهرت الثانية لم يبق سبب يمنع الطلاق لأجله ، والله أعلم .

قال أبو عمران: إنما منع أن يطلق في الطهر الذي يلي الحيض الذي جبر فيه على الرجعة عقوبة له إذا أراد تطويل العدة عليها، فمنع حتى يمر له زمان يجوز له الوطء فيه وإن لم يطأ ، ولو أنه رغب فراجعها في ذلك الحيض من غير إجبار لكان له أن يطلقها في الطهر الذي يليه .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم : ولا يطلقها بعد طهرها من الدم الذي ارتجع فيه بالقضاء ، فإن فعل لزمه ولا يجبر على الرجعة .

م: لأن الإمساك فيه إنما كان ليكون له حظ في الاستمتاع [ق/ ١١٧/٣ب] فهو الذي ترك حظه ويطلق طاهرًا، فلم يجبر على الارتجاع.

قال عيسى بن دينار : وإن طلقها وهي حائض ثم طهرت من حيضتها فأردفها طلقة في ذلك الطهر قبل أن يرتجع ، فإنه يجبر على رجعتها ولا ينجيه ما أردف من الطلاق من الرجعة التي لزمته ، وهو يجبر ما كانت في عدتها على الرجعة ما لم يرتجع.

وكذلك فى « العتبية» : من سماع أصبغ عن ابن القاسم .

قال بعض فقهائنا : إذا طلق في الحيض فيجبر على الرجعة ثم طهرت فحاضت فأردفها طلقة ثانية، فإنه يجبر أيضًا على الرجعة.

وكذلك لو لم يجبر أولاً على الرجعة حتى طهرت ثم حاضت فأردفها طلقة يجبر على الرجعة ، لأنها زوجته ما لم تنقض العدة من الطلقة الأولى، وإذا جبر على

---

(١) سقط من أ.

الرجعة سقط ما مضى من العدة ، لأن الرجعة تهدم العدة.

فإن لم يجبر على الرجعة في الطلقة الثانية، حتى انقضت العدة من الطلقة الأولى فقد بانت منه ، ولا تبتدئ العدة من الطلاق الثاني ؛ لأنه لم ينهدم ما مضى وهذا بين والله أعلم.

ومن كتاب ابن المواز : عقيب كلام أشهب : ومن طلق في حيض أو نفاس ابتدأ ذلك وحنث فيه جبر على الرجعة وإن أبى هددته بالسجن.

فإن أبى سجنته : فإن فعل بالقرب وإلا ضربته بالسوط، فإن تمادى لزمته الرجعة وكانت له رجعة، وقاله ابن القاسم وأشهب.

قال أبو عمران : في الذي يمنع من الرجعة فيجبر عليها : له الوطء بعد ذلك كالمتزوج على طريق الهزل أن النكاح يلزمه وله الوطء ، ويكون نكاحًا صحيحًا ورجعة صحيحة.

وقال بعض البغداديين في المطلق في الحيض : إذا امتنع من الرجعة وجبر على الرجعة وليس له نية في ارتجاعها ، لم يكن له أن يستمتع بها، فإن نوى ذلك جاز له الاستمتاع ، وهذا خلاف ما تقدم لأبي عمران.

قال سليمان بن يسار وغيره : إذا طلقت النفساء أو الحائض لم تعتد بدم نفاسها ولا بدم حيضها، واستقبلت ثلاثة قروء.

قال ابن القاسم : ولا تطلق التي رأت القصة البيضاء حتى تغتسل بالماء ، فإن فعل قبل ذلك لزمه ولا يجبر على الرجعة ، لأنها طاهر لم يبق عليها إلا الغسل كالجنب.

قال ابن القاسم : وإن كانت مسافرةً لا تجد الماء فتيممت جاز له أن يطلقها بعد التيمم ، لجواز الصلاة لها حينئذ .

قال في كتاب اللعان : ومن قذف زوجته أو انتفى من حملها وهي حائض أو نفساء ، فلا يتلاعنا حتى تطهر .

وكذلك إن حل أجل التلوم في المعسر بالنفقة أو العنين أو غيره والمرأة حائض ، ولا تطلق عليه حتى تطهر إلا المولى عليه ، فإنه يطلق عليه عند الأجل إن قال: لا أفيء.

ابن المواز : ويجبر على الرجعة.

وقال أشهب عن مالك: لا تطلق عليه حتى تطهر ، فوجه قوله : تطلق عليه عند الأجل، لأن الله ـ عز وجل ـ جعل أجله أربعة أشهر، فإذا قال: لا أفيء ويطلق عليه، ولا يزيد فيما أجل الله ـ عز وجل ، ولأن غيرنا يقول : يمضي الأجل تبين منه ولا ينظر إلى نيته بعد ذلك ، فلذلك تطلق عليه عند الأجل إذا قال : لا أفيء، وإن كانت حائضًا.

ووجه قول أشهب : أنه طلاق في الحيض ، وقد نهى الله عنه ، واعتبارًا بأجل العنين والمعسر بالنفقة .

ابن المواز : وإن قال : أنا أفيء، أمهله السلطان حتى تطهر ، ولا خلاف في هذا بين أصحاب مالك ، ولا تختار المعتقة تحت العبد في الحيض حتى تطهر ، وكذلك المخيرة، فإن فعلت لزم .

ومن «العتبية» : روى عيسى عن ابن القاسم في المطلق في الحيض إذا أجبر على الرجعة أيطؤها إذا طهرت، وهو يريد أن يطلقها في الطهر الثاني.

وقال: نعم.

وروى عن أصبغ فيمن طلق امرأته فقالت: طلقني في الحيض ، فقال : بل وأنت طاهر فالقول قوله .

وقال ابن سحنون عن أبيه : إذا طلقها فقالت : إني حائض أنها مصدقة ولا تكشف ، ويجبر على الرجعة ، ولا أرى أن ينظر إليها النساء .

م : ولو قال قائل : ينظر إليها النساء بإدخال الخرقة في نفسها ، ولا كشفة في ذلك لرأيته صوابًا ، ولأن ذلك حق للزوج كعيوب الفرج والحمل ، ولأنها تتهم على عقوبة الزوج بالارتجاع ولا ضرر عليها في الاختبار ، فوجب أن تختبر والله أعلم .

وذكر عن أبي عمران في الحامل إذا حاضت على حملها، للزوج أن يطلقها في ذلك الحيض ؛ لأن عدتها إنما هي بوضع الحمل ، وإنما كره الطلاق في الحيض لأنها لا تعتد بذلك فتطول عليها بذلك العدة .

وجرى ابن القصار في كتابه لما عورض بقول المخالف لو كانت الحامل تحيض لحرم الطلاق فيه .

قال فكذلك نقول : إنه حرام .

قال بعض فقهائنا [ق/ ١١٨/ ٣ ب] : وقول أبي عمران أصح، لأن العلة فى منع الطلاق في الحيض [ق/ ١٢٩/ ٣أ] تطويل العدة ، وذلك منتف في الحامل.

وكذلك ينتفى في التي تلد ولدًا ويبقى في بطنها آخر فيطلقها في ذلك الدم، أنه لا يجبر على الرجعة، إذ ليس فيه تطويل العدة لأنها تنقضي بوضع الولد الآخر ، وسواء في ذلك على قول من قال حالها حال النفساء أو حال الحامل.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن القروي وغيره : إذا انقطع الدم عن المرأة فطلقت ثم عاودها الدم بالقرب، إن الزوج يجبر على الرجعة ، لأنه دم مضاف إلى الأول، وحكمه حكم حيضة واحدة ، وقاله أبو عمران .

وقد قيل : إنه لا يجبر على الرجعة لأنه طلق طاهرًا ولم يعتد، والأول أصوب لأنها كحيضة واحدة .

فصل

قال ابن القاسم: ومن طلق زوجته طلاقًا يملك فيه الرجعة فلا يتلذذ منها بنظر أو غيره، وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها .

ابن وهب : وقد طلق ابن عمر زوجته في مسكن حفصة زوج النبي ﷺ وكان طريقه إلى المسجد في حجرتها ، فكان يسلك طريقًا آخر كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها .

قال ابن القاسم: وكان مالك يقول: لا بأس أن يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها.

ثم رجع فقال : لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى يراجعها، وإن كان معها فلينتقل عنها .

ابن وهب : وقد انتقل ابن عمر ، وعروة بن الزبير.

م : فهذا يؤيد أنها محرمة بالطلاق حتى يراجعها .

في طلاق الحر والعبد وعدة الحرة والأمة
وجامع القول في العدة

قال الله تبارك وتعالى : ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ ﴾ إلى قوله : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾(١) .

قال مالك : فجميع طلاق الحر المسلم ثلاث تطليقات ، كانت زوجته حرة أو أمة مسلمة ، أو كتابية ، لعموم الظاهر .

قال مالك وغيره : الحرة المسلمة والكتابية المدخول بها فى الطلاق إذا كانت ممن تحيض ثلاثة قروء ، كما قال الله ـ عز وجل ، وسواء كان زوجها حراً أو عبداً .

قال : وجميع طلاق العبد ومن فيه بقية رق طلقتان ، كانت زوجته حرة أو أمة ، وعدة الأمة قرءان، كان زوجها حراً أو عبداً؛ لأن الله ـ عز وجل ـ جعل حد الأرقاء نصف حد الأحرار، والطلاق والعدة من معانى الحدود ، ويجر إلى ما يوجبها فلما كانت الطلقة والقرء لا ينقسم جبر ذلك عليها وعليه ، فجعل عليه طلقتان وعليها قرءان .

قال بعض البغداديين : ولما كان الطلاق مضافًا إلى الرجال وجب أن يعتبر بالرجال، ولما كانت العدة مضافة إلى النساء وجب أن تعتبر بالنساء ، فإذا كان المطلق حراً كان طلاقه ثلاثاً ، كانت زوجته حرة أو أمة ، مسلمة أو كتابية .

كما أن عدة الحرة ثلاثة قروء ، والأمة قرءان ، ولا يلتفت إلى زوجها هل هو حر أو عبد.

فصل

قال مالك : فعدة الحرة المسلمة أو الكتابية المدخول بها فى الطلاق إذا كانت ممن تحيض ثلاثة قروء وهى الأطهار كما ذكرنا ، لقول الله ـ عز وجل : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ؟

قال مالك : وعدة اليائسة من المحيض ، والصغيرة التي لم تبلغ المحيض في الطلاق إذا بنى بها ثلاثة أشهر لقوله عز وجل : ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ

---

(١) سورة البقرة (٢٢٨) .

إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ ، ويستوى فى هذه الحرة والأمة لعموم الظاهر ، ولأن طريقه براءة الرحم كوضع الحمل .

قال مالك : وقوله تعالى : ﴿وإِنِ ارْتَبْتُمْ﴾ يقول : إن شككتم فلم تدروا ما عدتهن .

قال مالك : وعدة الحامل وضع آخر حمل ما في بطنها .

م : لقوله عز وجل : ﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فعم ، ويستوى فيه الحرة والأمة ، والمسلمة والكتابية ، والمطلقة والمتوفى عنها زوجها ، لعموم الظاهر، ولأنه يعلم به براءة الرحم بيقين ، ولأن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر ، فقال لها رسول الله ﷺ : « **قد حللت فانكحي من شئت** » .

قال : وليس على مطلقة قبل البناء عدة ، لقوله عز وجل : ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ وقال : وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرًا ، بنى بها زوجها أم لا ، لقوله عز وجل : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ، فعم ، ولأن طريقها [ق / ١١٨/ ٣ب] العبادة المحضة دون براءة الرحم ، فلذلك على غير المدخول بها .

قال : وعدة الأمة ، ومن فيها بقية رق في الوفاة إذا كانت ممن تحيض ، أو غير مدخول بها ، أو صغيرة لا يوطأ مثلها شهران وخمس ليال ، لأنها عدة يمكن تبعيضها ، فكانت على النصف من الحرة كالأقراء .

قال : وإن كانت يوطأ مثلها ولم تحض أو يائسة من المحيض وقد بنى بها ، رفعت إلى تمام ثلاثة أشهر ، وقاله في غير «المدونة» .

وقد احترزنا من وضع الحمل ؛ لأن الوضع لا يتنصف ، ومن الثلاثة أشهر ؛ لأنها براءة الرحم وهى أقل ما يعلم به براءته ، فلم يمكن تنصيفه .

قال : وعدة أم الولد ومن فيها بقية رق فى الطلاق كعدة الأمة ، إن كن يحضن فحيضتان ، إذ لا تنقسم الحيضة فجبرت عليها ، وسواء كان الزوج فى جميعهن حراً أو عبداً .

وإن كن لم يحضن أو يئسن من المحيض فثلاثة أشهر ؛ إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك إلا فى حيض .

ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ وعمر بن عبد العزيز وغيرهما من أهل العلم .

قال أبو بكر الأبهري : العدة في المطلقة المدخول بها ، للاستبراء لا عبادة فيها ، وإنما جعل الاستبراء على حسب حرمة المستبرأة ، فإن كانت أمة ليست بزوجة استبرئت بحيضة ، وإن كانت أمة زوجة استبرئت بحيضتين ، وإن كانت حرة استبرئت بثلاث حيض كالحدود ، وإنما هى موضوعة على حسب حرمة المحدودين من العبيد والأبكار والمحصنين من الأحرار .

قال : والدليل على أنها لا عبادة فيها أن الله ـ عز وجل ـ لم يوجبها على المطلقة قبل البناء ؛ لأنها لا تحتاج إلى براءة الرحم ، وأوجب الله ـ عز وجل ـ العدة في الوفاة التى هى عبادة على المدخول بها ، وغير المدخول بها ، فعلم بهذا فصل ما بين العدتين .

قال بكر القاضى : إن القرء الأول لاستبراء الرحم ، والقرءان الآخران عبادة .

م : وما ذكره الأبهرى أبين ، والله أعلم .

فصل

قال مالك : في كراء الدور : وإن طلقت التى عدتها بالشهور ، أو مات عن امرأة زوجها فى بعض الشهر ، اعتدت الشهر الأول بالأيام ثلاثين يوما ، وباقي الشهور بالأهلة ، ورواه ابن وهب عن مالك .

وذكر أنه اختلف قوله فى بعض اليوم ، فقال : يحسب إلى مثل تلك الساعة ، ثم رجع فقال : نلغيه .

م : فوجه الأول : قوله عز وجل : ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ .

ووجه أننا نلغى ذلك اليوم ، احتياطاً لصعوبة ضبط الوقت ، والأول أقيس ، قاله بعض فقهائنا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا بلغت المرأة الحرة عشرين سنة ، أو ثلاثين فلم تحض ، فعدتها في الطلاق ثلاثة أشهر ، ولو تقدم لها حيضة مرة لطالبت الحيض ما بينها وبين تسعة أشهر ، فإن لم يأتها اعتدت بسنة من يوم الطلاق ، تسعة أشهر منها براءة تأخير الحيض .

م : لأنها غالب مدة الحمل [ق/ ١٣٠/ ٣ أ] .

قال مالك : ثم ثلاثة أشهر عدة ؛ لأنها صارت من ذوات الاعتداد بالشهود .

والأصل فى هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها ، فإنها تنتظر تسعة أشهر، وينظر إليها النساء ، فإن قلن : بها حمل فذلك ، وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر ، وهذا إمام صحابى لا مخالف له ، ووجهه ما ذكرناه .

قال ابن المواز : إلا أن تعتد بالسنة من زوج قبله ، فتصير ممن عدتها ثلاثة أشهر، حتى يعاودها حيض ، فتطالبه أو تعاود السنة .

م : فوجه ذلك : أنها جلست للريبة تسعة أشهر غالب مدة الحمل ، فصارت من أهل الاعتداد بالشهور ، واعتدت بها ، فلا تنتقل عنها إلا أن يعاودها حيض فتطالبه أو تجلس سنة كأول مرة .

ومن «المدونة» قال مالك : وإذا حاضت بعد ما مضى من السنة عشرة أشهر رجعت إلى الحيض ، فإن ارتفع ائتنفت سنة من يوم انقطع الدم عنها ، ثم إن عاودها الدم في السنة رجعت إلى الحيض ، هكذا تصنع حتى تتم ثلاث حيض أو سنة لا حيض فيها ، لأنها إذا تم لها ثلاث حيض فقد اعتدت بالأقراء ، وإن تمت لها سنة ولم تحض فقد اعتدت عدة المرتابة .

واعلم أنها إذا حاضت قبل تمام السنة ولو بيوم فإنها ترجع تطالب الحيض ، وإن حاضت بعد السنة ولو بيوم حلت بتمامها .

قال ابن المواز : فإن كان شأنها أن تحيض من سنة إلى سنة ، أو إلى أكثر من سنة، أو من ستة أشهر إلى مثلها ، فلتعتد بالسنة ، فإن جاء وقت الحيضة فيها فلم [ق/ ١٢٠/ ٣ب] تحض حلت بتمامها .

وإن مرت السنة ولم يأت وقت حيضتها انتظرتها ، فإن جاء وقتها ولم تحض حلت بتمامها ، وإن حاضت كالغد .

وإن جاء وقتها فحاضت استقبلت بعد طهرها منها السنة ، فإن تمت السنة ولم يأت وقت حيضتها انتظرت وقتها ، فإن انتهى ائتنفت أيضا السنة ووقت مجئ حيضتها، فإن انتهى عند وقتها فقد حلت؛ لأنها قد تم لها ثلاثة قروء ، فإن لم تأتها عند وقتها فقد حلت أيضاً ، لأنها قد مضى لها السنة ووقت حيضتها ولم تحض .

ومن «العتبية» : **قال ابن القاسم** : وإن كانت ممن لا تحيض إلا من ستة أشهر إلى مثلها أو من خمسة أشهر إلى مثلها ، فانقضت عدتها فى الوفاة ولم يأت وقت حيضتها المعتادة فقد حلت وإن قرب وقت حيضتها ، إلا أن ترتاب بحس البطن ، فإن مر بها وقت الحيضة ولم تحض رفعت إلى التسعة من يوم الموت .

محمد : **وقال أشهب عن مالك** : إنها إذا لم يأت وقت حيضتها فى شهور العدة أنها تقيم حتى تحيض ، ثم رجع إلى ما ذكرنا .

وقال سحنون عن أشهب في أم الولد : يموت سيدها أو يعتقها ،والأمة تعتق أو تباع ، وشأنها أن تحيض فى كل ستة أشهر ، أو فى كل سنة مرة ، إنهن يحللن بثلاثة أشهر إذا نظرهن النساء فلم يرين بهن شيئًا بخلاف الحرة ؛ لأن تلك عدة وهذه استبراء .

قال أشهب : وهذا على آخر قول مالك ، وعلى أول قوله: يبلغن تسعة أشهر.

يريد : إلا أن يحضن قبل ذلك .

قال عبد الوهاب : وأما التي ترتفع حيضتها لرضاع فلا تعتد إلا بالأقراء، فتمكث متوقفة حتى تراه ، طال الوقت أم قصر ،والإجماع على ذلك، والمعنى .

فأما الإجماع فإن حبان بن منقذ طلق امرأته وهي ترضع ، فمكثت نحو سنة لا تحيض من أجل الرضاع ، ثم مرض فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان بن عفان رضى الله عنه وعنده على بن أبي طالب وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما ، فقال لهما: ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها ترثه ؛ لأنها ليست من القواعد اللاتى يئسن من المحيض ولا من الأبكار اللاتي لم يحضن ، فهي عنده على حيضتها ، ما كان من قليل أو كثير ،لم يمنعها إلا الرضاع ، فانتزع حبان ابنه ، فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثته ، فاعتدت عدة الوفاة ، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لا يسوغ لها الاعتداد بغير الحيض ، وعللوا ذلك بأنها ليست ممن لم تحض ولا آيسة .

والمعنى هو :أن جرى العادة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض، فلا يكون ذلك ريبة، فإذا كان كذلك وجب انتظار زواله ، وأما تأخير الحيض بمرض ، ففيه روايتان:

إحداهما : أنه كالرضاع .

والأخرى : أنه ريبة ، فوجه الأول أنه كالرضاع : أن سبب تأخير الحيض معروف، وذلك لأن المرض يؤثر في ذلك ؛ لأنه يضعف القوة أو يكون فيه ما يحزف

الدم أو يجسه ، فكان كالرضاع .

ووجه القول بأنه ريبة : أنه ليس فيه عادة متقررة بتأخير الحيض ، ولا اختصاص فى ذلك ببعض الأمراض دون بعض فكان ريبة .

م : ونحو هذا كله فى كتاب ابن المواز .

قال : وقاله فى المرضع عثمان وعلى وزيد ومالك وأصحابه رضى الله عنهم .

قال عن مالك : وإذا طلب الزوج انتزاع ولده ابنه الرضيع ليتعجل حيضتها خوفًا أن ترثه ، فذلك له فى الطلاق الرجعى خاصة ، ولو قال : لأنى أريد نكاح أختها أو عمتها ، أو كانت رابعة فقال : أريد نكاح غيرها ، فذلك له بالقضاء إذا علم صدقه، وأنه لتأخير الحيض ولم يطلب ضررًا بها ولا بالولد .

قال مالك : وهذا فى صبى يقبل غير أمه ، وأما إن خيف عليه إن نزع منها مات، فهذا لا ينزع منها .

وكذلك فيما ذكرنا إن كانت هى الطالبة لطرحه ، وكله قول مالك فى طلاق الرجعة ، وأما البائن وفي الوفاة فلا .

م: وذكر له اختلاف القول فى ارتفاع الحيض لمرض .

قال : فروى ابن القاسم عن مالك : أن عدتها سنة ، وقاله ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ .

وقال أشهب : عدتها بالأقراء وإن تباعدت .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا .

م : لأن علتهما واحدة ، أعنى المرض والرضاع .

قال بعض فقهائنا : وقد فرق بعض الناس بين المرضع والمريضة على قول ابن القاسم من أجل أن المرضع تستطيع رفع ذلك بإسلام الولد ، ولا تستطيع رفع المرض.

ابن المواز : قال مالك ، وذكره ابن سحنون عن أشهب وعبد الملك وسحنون أنهم قالوا : عدة المرضع والمريضة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر ، وإن كانت أمة فثلاثة أشهر ؛ لأنه أقل ما يبرأ به الرحم .

ومن «المدونة» : **قال مالك** : والتى لم تحض قط قبل الطلاق ، أو اليائسة من

المحيض ترى الدم بعدما أخذت فى عدة الأشهر ، فلترجع إلى عدة [ق /١٢١/ ٣ب] الحيض وتلغي الشهور ، وتصنع كما وصفنا فى المرتابة ، هذا إن قال النساء فيما رأته اليائسة : إنه دم حيض ، وإن قلن : إنه ليس بحيض ، أو كانت في سن من لا تحيض من بنات السبعين أو الثمانين ، لم يكن ذلك حيضًا وتمادت في الأشهر .

وقال أشهب فى غير «المدونة» : ولا تعتد به ولكنها تدع له الصلاة وتطهر منه ، وعدتها ثلاثة أشهر .

ومن «المدونة» : قال مالك : والعدة فى الطلاق بعد الريبة،وفى الوفاة قبل الريبة.

م : وإنما كان ذلك لأن المطلقة إذا كانت [ق/ ١٣١/ ٣ أ] ممن تحيض ، مأمورة بمطالبة الحيض لتعلم الأقراء فتعتد بها كما أمرها الله ـ عز وجل ، فإذا فقدت الحيض فقد ارتابت فوجب أن تختبر ذلك بجلوس غالب مدة الحمل ، والحمل تسعة أشهر ، فإذا جلستها ولم يتبين بها حمل فقد صارت من القواعد اللاتى لا يحضن ، فوجب أن تنتقل عدتها إلى الشهور ، فلذلك قال : عدتها فى الطلاق بعد الريبة ، وأما المتوفى عنها زوجها فإنما عدتها بالشهور ، فإذا مات زوجها أخذت في العدة ، إذ ليست الشهور أمراً يغيب عنها كالحيض ، فإن جاء وقت حيضتها فلم تحضها رفعت إلى تسعة أشهر خوف الحمل ، فإن لم يتبين أمره حلت ، فصارت الريبة طارئة على العدة ، فلذلك قال مالك فيها : إن العدة قبل الريبة ، وبعد هذا باب فيه إيعاب عدة المتوفى عنها زوجها .

ومن « المدونة» : قال مالك : وإذا أتمت المرأة أربعة أشهر وعشرًا فى الوفاة ، ثم استبرأت نفسها ، انتظرت حتى تزول الريبة عنها، ثم تحل .

قال مالك : وإذا كانت الأمة ممن تحيض فرفعتها حيضتها ، لم يطأها المبتاع حتى يمضي لها ثلاثة أشهر ، إلا أن ترتاب فيرتفع بها إلى تسعة أشهر ، فإن زالت الريبة قبلها حلت ، وإن تمادت بعدها لم توطأ حتى تذهب الريبة .

وفى كتاب الاستبراء إيعاب هذا .

قال مالك : وإذا اختلف الدم على المطلقة فرأته يومين أو ثلاثة، ثم رأت الطهر مثل ذلك ، ثم رأت الدم كذلك ، فهي إن تمادى بها كالمستحاضة ، إلا أن يكون ما بين الدمين من الطهر ما لا يضاف بعضه إلى بعض فيكون الثاني حيضًا مؤتنفاً .

قال مالك : وليس الأربعة الأيام والخمسة وما قرب منها بطهر .

قال : وعدة المستحاضة من حرة أو أمة في الطلاق سنة ، إلا أن ترتاب فتقيم إلى ذهاب الريبة ، وإن كان لها قرء معلوم اعتدت به ؛ لأنها حينئذ من ذوات الأقراء.

وروى عن مالك : أن عدتها سنة على كل حال ،؛ لأن استحاضتها ريبة ، وأما المرتابة بتأخير الحيض فى الطلاق وهى أمة فكما ذكرنا فى الحرة تعتد بالسنة ، تسعة أشهر براءة الرحم ، وثلاثة أشهر عدة ، وكذلك قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه في المرتابة والمستحاضة ، وأما فى الوفاة فهما مأمورتان من يوم الوفاة بعد الشهور ، أربعة أشهر وعشر للحرة ، وشهران وخمس ليال للأمة ، فإن حدثت ريبة بتأخير الحيض أكملتا من يوم الوفاة تسعة أشهر ثم حلتا .

قال ابن المواز : قال مالك : عدة المستحاضة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر ، والأمة ثلاثة أشهر إلا أن تحس بريبة فتتربص إلى زوالها .

وروى عنه أيضا : أن المستحاضة تقيم فى الوفاة تسعة أشهر ؛ لأن استحاضتها ريبة. قال : وإذا نكحت الأمة فى عدة الوفاة بعد شهرين وخمس ليال ، وقبل : ثلاثة أشهر ، فسخ ولم يعاقبا ، إلا أن تنكح قبل شهرين وخمس ليال وقبل شهر ونصف فى الطلاق ، وهذا كله قول أشهب ؛ لأنه لا يبرأ رحم ولا يستبين حمل فى أقل من ثلاثة أشهر .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في «العتبية» في الأمة المرضع : إن عدتها في الوفاة شهران وخمس ليال وتحل بها ، وإن لم تحض إلا أن تستريب بالحس.

ابن المواز : قال أصبغ: وإن تزوجت الحرة المستحاضة ، أو المسترابة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهر وعشر فى الوفاة ، وقبل تمام تسعة أشهر ، لم يفسخ نكاحها ، لأنها اعتدت بما أمرت به ، وقد أبهم الله ذلك، وقد علم أن منهن من تحمل ، وإنما الزيادة استظهار ، إلا أن تجد من بطنها حركة فيفسخ إن نكحت قبل ذلك وقبل زوالها، وإذا استبرأت معتدة بحس بطنها جلست خمس سنين، فذلك أقصى كل عدة يلحق فيها ولد أو استبراء ، وهذا فى الطلاق والوفاة وغير ذلك .

قال عبد الوهاب : وعنه فى أكثر مدة الحمل ثلاث روايات :

إحداها : أربع سنين .

والثانية : خمس سنين .

والثالثة: سبع سنين [ق/ ١٢٢/ ٣ ب] ،وفائدة الخلاف امتداد التربص بالمرتابة، وأن المطلقة إذا أتت بولد لأكثر من مدة الحمل من وقت الطلاق لم يلحق به.

فوجه الأولى : ضرب عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ لامرأة المفقود أربع سنين ؛لأنه أكثر مدة الحمل، وروى مثله عن عثمان وعلى ـ رضى الله عنهم ـ ولا مخالف لهم، وقد ذكر أصحابنا المدنيون :أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين .

ووجه الاعتبار بالخمس : أن ذلك قد وجد ، وذكر ابن عجلان وجوده.

قال: وأما السبع سنين فلم نقف على وجه لها .

ومن «المدونة»: أن امرأة ابن عجلان ولدت له أيضًا في سبع سنين، وهذا وجه الثالثة .

فى الانتقال من عدة إلى عدة ومن أين تحسب عدة الوفاة والطلاق .

قال الله سبحانه ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾ فوجب لذلك إذا مات الزوج وزوجته في عدة من طلاق غير بائن ، والطلاق فى صحته أو فى مرضه أن تنتقل إلى عدة الوفاة وترثه ؛ لأن أحكام الزوجية جارية عليها، وقاله مالك.

ابن وهب: وقال ابن عباس وسليمان بن يسار : عليها أقصى الأجلين .

م : ووجه ذلك : أن كلا العدتين لزمتها ،فاحتاط لها بأن تبلغ أقصاها .

وفي كتاب ابن المواز : أن الموت يهدم العدة كما تهدمها الرجعة.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن مات وهى فى عدة من طلاق بائن، والطلاق في صحته أو فى مرضه لم تنتقل إلى عدة الوفاة ،وتمادت على عدة الطلاق؛ لأن الموت صادفها وهى أجنبية ، وورثته فى طلاق المرض لا فى طلاق الصحة، وكذلك إن مات بعد العدة ، والطلاق بائن أو غير بائن ، فلا عدة عليها لوفاته ، وترثه فى طلاق المرض لا في طلاق الصحة.

فصل

قال مالك: وإذا مات عن الأمة زوجها ، فلما اعتدت شهرًا أو شهرين عتقت ، فإنها تبنى على عدة الأمة ، ولا تنتقل إلى عدة الحرائر .

وكذلك إن طلقت طلاقًا بائنًا أو غير بائن فاعتدت حيضة أو شهرين ثم عتقت، فلتبن على عدتها ولا تنتقل إلى عدة الحرائر .

م : لأن العدة الأولى قد لزمتها عدة أمة، فلا تأثير للعتق فيها قد لزمها، بخلاف الموت ؛ لأن الموت لم ينقلها من عدة الأمة وإنما نقلهـا من عدة طلاق إلى عدة موته؛ لأنها زوجة مخاطبة بعدة الموت كالحرائر،وفي العتق يريد : أن تنتقل من عدة أمة إلى عدة حرة فلم يجب ؛ ولأن الموت أمر يوجب العـدة كالطلاق ، فوجب أن تنتقل إلى عدته كل زوجة ؛ لأنها مـخاطبة بها ، والحرية لا توجب عدة ، فلا تنقلهـا عما كان لزمها، والله أعلم .

وقال أبو حنيفة: تنتقل إلى عدة الحرائر في الطلاق الرجعى قياسًا على الموت.

قال ابن المواز: [ق/ ١٣٢/٣ أ] إذا طلقت واحدة ، ثم عـتقت ثم مات الزوج ، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة عدة الحرائر ، ولو عـتقت بعد موته انتقلت إلى عدة الوفاة عدة الأمة .

م : لأنه لما وجب الانتقال راعت حال نفسها لبطلان العدة الأولى .

قال ابن المواز : قال مـالك : ومن طلق زوجته واحدة ثـم ارتجع فلم يطأها حتى طلقها ثانية فلتأتنف العدة، ولو خالعها ثم نكحها فى العدة فلم يطأها حتى طلقها في العدة ثانية، فلتبن على عـدتها ، ولو نكحها بعد الخلع ثم مات قبـل البناء كان عليها أقصى الأجلين مع الإحداد من يوم موته.

وذكر عن الشيخ أبي عمران: أنه اعترض قوله: عليها أقصى الأجلين، فقال : لا يلزم هذا ، إما أن يجعلها تمضى على الـطلاق، أو يجعل النكاح قد هدم عدة الخلع، فتعتد عدة الوفاة فقط.

قال: ويلزمـه على هذا أن الحامل إذا خالعهـا زوجها ، ثم تزوجهـا وتوفى عنها قبل الدخول أن يوجب عليها أقـصى الأجلين ، فكأنه نحا أن وضع الحمل تنقضى به عدتها ، وأن غير الحامل انقضاء عدتها أربعة أشهر وعشر من يوم مات زوجها .

م : ووجه قول محـمد : أن بالخلع صارت أجنبية ، ولو مات قـبل تزويجها لم تعتد منه فهي بخـلاف غير البائن ؛ لأن تلك زوجتة تعتد، ومـوته يهدم عدتها، ولا يهدم عدة هذه ، فهى على تلك العدة حتى يدخل بها ، ألا ترى أنه لو طلقها قبل أن يدخل بها لثـبتت على العدة الأولى، فلما كـان الأمر كذلك رأى أن كلا العـدتين قد لزمتها فجعل عليها أقصى الأجلين ؛ إذ لاتدخل عدة الحيض فى عدة الشهور.

وأما الحامل فعدتها فى الموت والخلع واحـد ،وهو وضع الحمل ،فلم يغير الحمل عليها شيئًا [ق/ ١٢٣/ ٣ب] فلم يلزمه الاعتراض بالحامل لما بيناه ، والله أعلم.

ومن المدونة: قال مـالك: وإذا أسلمت ذمية تحت ذمى ، ثم مات زوجـها، لم تنتقل إلى عدة الوفاة.

م : لقوله عزو جل : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ والذمى ليس منا حتى يسلم.

قال مالك : وإذا بلغ المرأة موت زوجها فعدتها من يوم مات.

م : كما أوجب الله عز وجل ، لأن الأوامر عندنا على الفور .

قال مالك : وإن لم يبلغهـا ذلك حتى انقضت عـدتها فقـد حلت ، ولا إحداد عليها .

وكذلك لو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم طلق ، إذا قامت على الطلاق بينة، وإن لم يكن على ذلك بينة ، إلا أن الزوج قال لما قـدم : كنت طلقتها ، فـالعدة من يوم إقراره .

م : لأنها حق لله عز وجل فلا يصدق فى إسقاطها .

قال مالك : ولا رجعة له فى ما دون الثـلاث إذا تمت العدة من يوم دعواه ، ولا يرثها .

م : لأنه أقر أنها بانت منه .

قال مالك : وتـرثه في العدة المؤتنفـة ؛ لأنها فى ظاهر الحكم معـتدة من طلاق رجعي .

قال : ولو كـان الطلاق بائنًا لم يتوارثا بحـال ، ولا يرجع عليهـا بما أنفقت من ماله بعد طلاقـه قبل علمها ؛ لأنه فـرط قال ابن المواز : ولو قدم عليها رجل فـشهد بطلاقها وأعلمها ، أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشىء حتى يشهد غيره ممن يحكم به السلطان في الطلاق ، وترجع بما تسلف عليه .

وكذلك روى أشهب عن مالك فى «العتبية» .

وقال سـحنون عن ابن نافع : لا ترجع بما تسلف عليه ، بخلاف مـا أنفقت من ماله .

ومن «المدونة» : وأما المتوفى عنها زوجها فإنها ترد ما أنفقت من ماله بعد وفاته ؛ لأن ماله صار لسائر ورثته ، فليس لها أن تختص بشيء منه دونهم .

قال مالك فى المطلقة واحدة : تقيم سنة ، ثم يهلك زوجها فتقول : لم أحض إلا حيضة واحدة ، وتطلب الميراث ، فإن كانت ترضع صدقت ، وإلا لم تصدق ، إلا أن تكون كانت تذكر تأخير حيضها وتظهر ذلك فتصدق .

وذكر عيسى عن ابن القاسم فى «العتبية» .

قال : أما المرضع فتصدق حتى تفطم ولدها ، وبعد فطامه سنة ، وأما غير المرضع فتصدق حتى تأتى عليها سنة ، ذكرت ذلك أو لم تذكره ، وعليها اليمين ، إلا أن يكون سمع منها أنها حاضت ثلاث حيض .

جامع القول في الإحداد

أصل الإحداد فى كلام العرب المنع ، كقولهم : أحدت المرأة على زوجها ، أى: منعت نفسها من الزينة ، وفيها لغتان ، أحدت ،وحدت ، وفيه الحد فى العقوبات ؛ لأنه يمنع من إتيان ما يوجبها من سرقة أو زنا أو فرية .

وروى مالك أن رسول الله ﷺ قال : « **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليالٍ إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا** » .

وجاءته ﷺ امرأة فقالت :إن ابنتى توفى عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفتكحلهما ؟ قال : «لا» ، قالت ذلك مرتين أو ثلاثاً ،كل ذلك يقول : «**لا**» ، ثم قال رسول الله ﷺ : « **إنما هى أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول**» .

قالت زينب بنت أبـي سلمة : كانت المرأة فى الجاهلية إذا مات زوجها دخلت حفشا لها ، ولبست شر ثيابها ، ولم تمس طيبًا ولا شيئًا حتى تمر سنة ، ثم تؤتى بدابة ، حمار أو شاة أو طير ،فتفتض به فقلما تفتض بشىء إلا مات ، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها من وراء ظهرها ، ثم تراجع بعد ما شاءت من الطيب وغيره .

قال عبد الوهاب : إنما منعت الحاد من الطيب وغيره من الزينة ؛ لأنهما داعيان إلى النكاح فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه ؛ ولأنها لما منعت من التصريح بالقول كانت بأن تمنع مما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى .

ومن «المدونة» : قال مالك : ولا إحداد على مطلقة بثلاث أو واحدة .

قال : وعلى كل معتدة من وفاة زوجها الإحداد ، وإن كانت صغيرة أو ذمية تحت مسلم لعموم الخبر ، وإنما لم يكن على المطلقة إحداد لقوله ﷺ : « **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت إلا على زوج**» ، ولأن المطلقة لها من يحرسها ويمنعها من التزويج وهو الزوج ، فلم تمنع من الطيب والزينة الداعيين إلى النكاح ، والمتوفى عنها زوجها بخلافها .

ومن «المدونة» وابن نافع : لا يرى على الكتابية إحداد .

م : فوجه قول مالك : عموم الخبر ؛ ولأنها زوجة متوفى عنها زوجها كالمسلمة؛ ولأن عدتها فى الوفاة والطلاق كعدة الحرة المسلمة ، فكذلك الإحداد .

ووجه قول ابن نافع : قوله ﷺ : « **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت إلا على زوج** » ، فجعل من وصف الحاد الإيمان .

وقول مالك أصح كما قدمنا .

ومن «المدونة» : قال مالك : وعلى الأمة الإحداد .

م : لعموم الأخبار واعتباراً [ق/ ١٢٤/ ٣ب] بالحرة لعلة كونها زوجة متوفى عنها زوجها .

قال مالك : وتعتد حيث كانت تبيت ، وليس لسادتها منعها من ذلك ، ولهم أن يخرجوها نهاراً للبيع ، ولا يبيعونها إلا ممن لا يخرجها من الموضع الذى تعتد فيه حتى تتم العدة ، ولا يزينوها للبيع بما لا تلبسه الحاد .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن القاسم عن مالك : [ق/ ١٣٣/ ٣أ] ولا إحداد على المرتابة حتى تنقضى الريبة ،وإن بلغت خمس سنين .

ومن «المدونة» : قال مالك : ولا تلبس الحاد شيئًا من الأصباغ .

قال عروة : إلا أن تصبغ بسواد .

قال مالك : ولا تلبس رقيق عصب اليمن ، ووسع فى غليظه ، وتلبس رقيق البياض كله ، وغليظه من الحرير والكتان والقطن ، قال : ولا تلبس خزاً .

قال مالك فى «المختصر الكبير» : إلا الأبيض منه ، والأسود .

ومن «المدونة»: قال مالك : ولا تلبس ما صبغ من ثياب أو جبان ،حرير أو كتان أو قطن أو صوف ، وإن كان أخضراً أو أدكن ، إلا أن لا تجد غيره فتضطر إليه .

قال ابن القاسم : وهذا إذا كانت بموضع لا تجد استبدالاً به ، فيجوز لها لبسه للضرورة ، وإن وجدت بدله ببيع فليس لها لبسه .

قال مالك : ولا تلبس حلياً ،ولا قرطاً ، ولا خاتماً ، ولا خلخالاً ، ولا سواراً، ولا خاتم حديد ، ولا خرص ذهب أو فضة ولا تمس طيبًا .

قال ابن عمر : ولا تختضب .

قال ربيعة : ولا تحنط ميتًا .

قال مالك : ولا تدهن بزئبق، ولا بنفسج ، ولا خيرى ولا شىء من الأدهان المربية، وتدهن بالزيت الشيرج قال : ولا تمتشط بحناء ولا كتم، ولا بمايختمر فى رأسها ، ولا تمشط بالسدر وشبهه مما يختمر فى رأسها ،قال : ولا تكتحل ، إلا من ضرورة ، فلا بأس به ، وإن كان فيه طيب ،ودين الله يسر .

ابن المواز : قال مالك : وتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار ، وروى ذلك عن النبى ﷺ .

قال : ولا تحضر عمل الطيب ، ولا تبيعه ، ولا تتجر به ، وإن لم يكن لها تكسب إلا فيه حتى تحل .

وروى أشهب عن مالك فى التى مات زوجها وقد امتشطت : لا تنقض مشطها، أرأيت لو اختضبت ، وقاله ابن نافع .

قال ابن أبي زمنين : وروى البرقى عن أشهب أنه قال : لا تدخل الحاد الحمام ولا تطلى بالنورة ، ولا بأس أن تستحد .

وقال غيره : لها أن تدخل الحمام ، ولا بأس أن تنظر فى المرآة وتقلم أظفارها، وتدهن رأسها بالزيت وما لا طيب فيه ، وسبيل الأمة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة سبيل الحرة المسلمة البالغة فى الإحداد ولزوم العدة من الأزواج ، إلا أن عدة من فيها بقية رق فى وفاة زوجها على النصف من أمد عدة الحرة ، وقد تقدم هذا ووجهه .

في عدة أم الولد من وفاة سيدها وزوجها

قال مالك رحمه الله : وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة ، وقاله ابن عمر ، وزيد بن ثابت وكثير من السلف .

قال نافع : وقد أعتق ابن عمر أم ولده ، فلما حاضت حيضة زوجها .

قال ابن القاسم : وأم الولد إذا مات زوجها وسيدها ،ولم يعلم أيهما مات أولاً ، فلتعتد من أحدث الموتين أربعة أشهر وعشرا مع حيضة ، قال سحنون : وهذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ، أو لم يعلم كم بينهما .

وإن كان بينهما أقل من شهرين وخمس ليال ـ يريد : أو شهرين وخمس ليال سواء ـ فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فقط .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك لاحتمال أن يكون الزوج مات أولاً ، فيجب عليها لوفاته شهران وخمس ليال ، فإذا كان ذلك بين الموتين أو أقل لم يجب عليها لموت السيد حيضة ؛ لأنها لم تحل له بعد ، وإذا كان بين الموتين أكثر من ذلك فقد حلت للسيد، فيجب عليها بموته حيضة .

فوجب عليها فى هذا الوجه شهران وخمس ليال مع حيضة .

وإن كان موت السيد أولاً فقد صارت حرة ، ثم مات زوجها فعدتها منه أربعة أشهر وعشر ، فلما أشكل ذلك احتيط لها ، فجعل عليها أربعة أشهر وعشرا مع حيضة، إذ الشهور من جنس واحد ، فأغنى الأكثر عن الأقل ، والحيضة ليست من جنس الشهور فلا بد منها ، فإن حاضتها فى الشهور أجزأتها ،وإلا طالبتها بعد الشهور، وإنما لم يجب عليها حيضة ، إذ ليس بين الموتين شهران وخمس ليال فأدنى، فالأربعة أشهر وعشر تجزئ من الشهرين وخمس ليال ، وبالله التوفيق .

م : وبلغنى أن غير واحد من القرويين ، قال : إنما هذا على رواية ابن وهب عن مالك في الأمة تباع فيرتفع دمها : أنها تستبرئ بتسعة أشهر ، وأما على قول ابن القاسم الذى يرى أنه يبرئها ثلاثة أشهر فلا حيضة عليها ، وإن كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ؛ لأنها تعتد من أحدث الموتين أربعة أشهر وعشرا ، فإن عدمت الحيضة فيها فقد زادت على الثلاثة أشهر التي تبرئها قال الشيخ : وهذا الذي ذكروه غير صحيح ؛ لأن الحيضة فى أم الولد من وفاة سيدها ، أو عتقه إياها عدة لقوة الاختلاف فيها ، فهي بخلاف الأمة فى هذا ، فإذا كانت عدة لها من سيدها وعليها عدة من زوجها أربعة أشهر وعشرا احتياطًا ، فلا بد من مطالبة أقصى الأجلين كقول [ق/ ١٢٥/٣ب] ابن القاسم فيمن نكح فى عدة وفاة ودخل بها ، ففرق بينهما: أنها تعتد أربعة أشهر وعشرا من يوم توفى عنها زوجها مع ثلاث حيض ، فتطالب أقصى الأجلين، فكذلك أم الولد فى مسألتنا ؛ لأنها تعتد من اثنين .

قال بعض القرويين : وإن جاءت بولد فإنه ابن للزوج .

ومن «المدونة» : **قال مالك** : ولا ميراث لها من زوجها ؛ لأنه توريث بالشك حتى يعلم أن السيد مات قبل زوجها .

قال مالك : وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة ، وإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر ؛ إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك .

قال سليمان بن يسار : أو تكون حاملاً فحتى تضع .

ومن غير «المدونة» : ومن أعتق أمـته أو أم ولده فى عدة وفاة أو طلاق ، حلت بتمام العدة ولو لم يبق منها إلا يوم .

ولو أعتقها بعد خروجها من العدة فأم الولد تأتنف حيضة ، والأمة تحل مكانها.

ومن «المدونة» : قـــال مــالك : ولو مــات سـيــد أم الولد ، وهى فى أول دم حيضتها، أو غاب عنها فحاضت بعده حيضًا كثيرة ، ثم مات فى غيبته فلا بد لها من استئناف حيضة بعد موته .

قال ابن القاسم : لأنها عدة لها ، بخلاف استبراء الملك ، ولقوة الاختلاف فيها.

قد قال بعض العلماء : عليها أربعة أشهر وعشرا .

وقال بعضهم : ثلاث حيض .

قال عبد الوهاب : فالذي قال : أربعة أشهر وعشـرا عمرو بن العاص ، وسعيد ابن المسيب ، والذى قال : ثلاث حيض ، أبو حنيفة .

فدليلنا على عمرو قوله عز وجل : ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾ ، فـأوجب ذلك على الزوجـات، فدل أن الإمـاء بخلافهن.

ودليلنا على أبى حنيفـة قوله ـ عز وجل : ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾ ، فأوجب ذلك فى حق الطلاق ، فانتفى وجوبه على الوفاة .

ومن «المدونة» : [ق / ١٣٤/٣ أ] قال مـالك : ولا إحداد عليها فى عـدتها من وفاة سيدها ؛ لأنها ليست بزوجة .

قال : ولا أحب لها المواعدة فيها ، ولا تبيت فيها إلا في بيتها .

قال : وإن زوجها سيدها ، ثم مات عنها لم يكن على زوجها استبراء .

قـال مـالك : وليس للرجـل أن يزوج أم ولده ، أو أمـة قـد وطئـهـا إلا بعـد الاستبـراء، ولا يجوز نكاح إلا حيث يجوز الوطء ، إلا فى دم حـيض أو نفاس من غير معتدة ، فإن النكاح يجوز فى ذلك ، ولا توطأ حتى تطهر .

قال ابن القاسم : ولو اعتدت أم الولد من وفاة زوجـها وحلت، فلم يطأها السيد حتى مات ، أو كان غائبًا ببلد يعلم أنه لم يقدم منه بعد وفاة الزوج ، فعليها حيضة، ألا ترى أنها لو تمت عدتها من الزوج ، ثم أتت بولد لا يشـبه أن يكون من سيدها ،

فزعمت أنه من السيد للحق به فى حياته وبعد وفاته ، إلا أن يقول السيد قبل موته : لم أمسها بعد موت زوجها ، فلا يلحق به .

وكل ولد جاءت به أم الولد لرجل ، أو أمة أقر بوطئها لمثل ما تلد له النساء ، وهو خمس سنين فأدنى ، فهو بالسيد لاحق ، وتكون به أم ولد ، أتت به فى حياته أو بعد وفاته ، أو بعد أن أعتقها ، إلا أن يدعى السيد فى حياته الاستبراء فينتفى منه بلا لعان ؛ لأن ملك اليمين لا لعان فيه .

جامع النكاح فى العدة وذكر العدة من زوجين

قال الله سبحانه : ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَن تَقُولُوا قَوْلاً مَّعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ ، وقضي عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ وعلى ابن أبي طالب ـ رضى الله عنهم ـ فيمن نكح فى العدة بالفراق ، ولا يتناكحان أبدًا، وجلدهما عمر رضى الله عنه ، وأعطى المرأة ما أمهرها الرجل بما استحل منها .

فنهى الله ـ عز وجل ـ عن النكاح فى العدة وأذن بالقول المعروف ، فقيل : إن ذلك كقوله : إني بك لمعجب ، ولك محب ، وفيك راغب ، وإن يقدر الله أمراً يكن ونحو ذلك ، وقاله جماعة من التابعين .

قال بعضهم : وجائز أن يهدى لها ، ولا تجوز المواعدة لها ، ولا لوليها فى عدة طلاق أو وفاة ، حرة كانت أو أمة .

قال عطاء : وأكره مواعدة الولى وإن كانت المرأة مالكة أمرها .

قال ابن المواز : وأما الأب فى ابنته البكر والسيد فى أمته فكمواعدة الحرة ، وأما ولى لا يزوج إلا بإذنها فيكره ، وإن نزل لم أفسخه .

ومن «المدونة» : قال مالك : ومن جهل فواعد امرأة فى العدة ، وسمى الصداق ونكح بعد العدة ، فأحب إلى أن يفارقها بطلقة ، دخل بها أم لا ، ويخطبها بعد عدتها منه إن كان دخل بها .

وروى عنه أشهب إيجاب الفراق ، واختلف قول ابن القاسم فيه فى غير «المدونة»، فقال : يفسخ بقضاء ، وقال : بغير قضاء .

فوجه إيجاب الفراق : قوله عز وجل :﴿ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾ [ق/ ١٢٦/ ٣ب] والنهى يقتضى الفساد ؛ ولأن السبب إذا منع الخطبة جاز أن يؤثر فى الفراق ، أصله خطبة الرجل على خطبة أخيه .

ووجه الاستحباب ، أن الخطبة ليست بعقد ، وإنما هى استدعاء والتماس ، فوقوعها لا يوجب الفراق ، إذا وقع العقد بعد العدة كخطبة المحرمة ومواعدة المريضة .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ومن نكح وبنى فى العدة، أو قبل،أو باشر ،

لم تحل له أبدًا ، وحرمت على آبائه وأبنائه .

قال بعض البغداديين : وإنما قال ذلك لحديث عمر وعلى : أنهما لا يتناكحان أبداً، ولا مخالف لهما ، فهما كالإجماع ؛ ولأنه أدخل شبهة فى النسب فتأبد التحريم عليه كالملاعن ، ولأنه استعجل النكاح قبل حلوله ، فمنعه عقوبة كمنع القاتل الميراث، وإنما حرمت على آبائه وأبنائه لأنه قد مس بشبهة نكاح .

ومن «المدونة» : قال غير ابن القاسم : قال مالك وعبد العزيز : ومن نكح فى العدة وبنى بعدها فسخ نكاحه ، وكان كالمصيب فيها .

وقال المغيرة وغيره : لا يحرم عليه نكاحها إلا الوطء فى العدة .

وقال ابن القاسم : قال مالك : يفسخ هذا النكاح ، وما هو بالحرام البين .

م : فوجه تأبيد التحريم : قول عمر ـ رضي الله عنه ـ : فإن دخل بها فلا ينكحها أبداً، ولم يفرق .

ووجه نفيه أنه لم يطأ فى العدة ، فلم يدخل شبهة فى النسب ، وهذه علة التأبيد.

ومن غير «المدونة» : قال سحنون : أخبرنى ابن نافع عن عبد العزيز بن أبى سلمة أنه كان يقول فيمن تزوج فى العدة ودخل بها فيها ، ثم فرق بينهما : إنه يجوز له أن يتزوجها بعد ذلك إذا انقضت عدتها .

قال بعض أصحابنا : ويحتمل أن يكون قوله هذا موافقًا لقوله فى «المدونة» ؛ لأنه لم يبين فى «المدونة» حكم المصيب فى العدة وبينه فى غيرها أنه لا تحرم عليه للأبد ، وإن أصاب فيها فإصابته بعدها أحرى أن لا يتأبد التحريم عليه .

ومعنى قول مالك : إنه يتأبد التحريم فيها ، فيحتمل أن يكون قوله فى «المدونة» موافقاً لقول مالك ، والله أعلم .

قال ابن القاسم فى التى زنت فتوطأ بنكاح قبل الاستبراء، أو وضع حمل لا تحرم بذلك عليه بعد اليوم ، ثم رجع فقال : أما فى الحمل فتحرم عليه ولا تحرم فى غيره. وروى ذلك عن مالك .

وقال أصبغ : أكرهه فى الحمل ، والقياس أنه وغيره سواء ، فلا أحب أن يتزوجها فى ذلك كله .

ومن زنت امرأته فوطئها زوجها فى ذلك الماء فلا شيء عليه .

قال ابن المواز : ولا ينبغى أن يطأها فى ذلك الماء .

قال أشهب : والحامل من زوجها حملاً بينًا إذا وطئت غصبًا لم أر بأسًا أن يطأها زوجها فيه .

قال أصبغ : أكرهه ، وليس بحرام ، وأرى أن مالكاً كرهه .

قال ابن حبيب : وإن لم تكن بينة الحمل فلا يطؤها إلا بعد ثلاث حيض .

ومن «المدونة» : قال مالك : ومن طلقت بخلع فتزوجت فى العدة ودخل بها الثانى فليفرق بينهما ، وتأتنف ثلاث حيض من يوم فسخ نكاح الثانى فيجزئها عن الزوجين .

قال ابن القاسم : وإن كان عدتها بالشهور أجزأها منهما جميعًا ثلاثة أشهر مستقبلة .

قال مالك : وإن كان قد جاء عن عمر :أنها تتم عدة الأول وتأتنف عدة الثانى .

م : فوجه الأول :أن الغرض فى العدة إنما هو لبراءة الرحم ، وذلك يحصل مع تداخل العدتين ، أصله الحمل .

ووجه أنها تتم عدة الأول وتأتنف عدة الثانى ؛ لأن الثانى أيضاً وطئ وطأ له حرمة ، فوجب استيفاء عدته كالأول .

ومن «المدونة»: قال مالك : وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعاً ، وإن كان من الآخر ، لقوله عز وجل : ﴿ **وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ ؛ ولأنه أبلغ ما يبرأ به الرحم ، فوجب أن يبرئها من الزوجين .

قال ابن المواز : هذا إذا كان الحمل من الأول ، وذلك أن تنكح قبل حيضة أو تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم نكاح الثانى ، فإنه يبرئها وإن كان من الآخر ، مثل أن يتزوجها بعد [ق/ ٣٥/ ٣ أ] حيضة ،وتضعه لأكثر من ستة أشهر ، أو لستة أشهر من يوم نكاحها الثانى ، فلا يبرئها ، ولا بد لها من ثلاث حيض .

قال : وروى أشهب عن مالك : أن ذلك يبرئها .

قال ابن المواز : هو عندى ضعيف .

فوجه قول ابن المواز : أنه قد لزمها عدة الأول ثلاث حيض ، ولا يسقط لأجل

حمل من غير من تعتد منه ، كالتى منعها مرض أو رضاع من الحيض ، فلا تبرأ إلا بالحيض .

ووقع فى نقل أبى محمد : أنه إن كان الحمل من الآخر فلا يبرئها ، ولا بد من ائتناف ثلاث حيض .

وفى الأمهات : ولا بد من بقية الثلاث حيض ، وهذا هو الصواب ؛ لأن الحمل لا يكون من الآخر إلا أن تتزوجه بعد حيضة ، وتضعه لستة أشهر فأكثر ، فقد مضت لها حيضة ، فتتم بقية الثلاث حيض ، وهذا بين فاعلمه .

قال ابن المواز : وأما إن كان الحمل من زنا ، لم يبرئها ذلك بحال من عدة لزمتها، ولا تبرأ بوضع من لا يلحق بأبيه ، إلا فى الملاعنة فإنها تبرأ به ، لأنه إذا استلحقه لحقه .

قال أبو محمد : انظر كيف يكون الحمل من زنا [ق /١٢٧/٣ب] وثم فراش ، والولد به لاحق إلا أن ينفيه بلعان .

م: إنما يصح قول ابن المواز عندى فى امرأة الخصى القائم الذكر ، إذ لا يلحق به ولد وتلزم منه العدة ، لأنه يطأ .

قال بعض أصحابنا : ويصح على قوله إذا تقاررا أنه من زنا ونفى بلا لعان ، أو يكون الزوج قد لاعن ثم أقرن المرأة بالزنا .

ومن «المدونة» : **قال مالك** : ومن نكح فى عدة طلاق غير بائن فسخ ذلك ، بنى بها أم لا .

وقال غيره : وهو ناكح فى عدة .

قال مالك : وللأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثانى وبعده ، فإن ارتجعها فلا يقربها إن بنى بها الثانى إلا بعد ثلاث حيض ، أو وضع حمل إن كان من الثانى .

قال ابن القاسم : ومن نكح فى عدة وفاة ، ودخل بها ففرق بينهما ، فلتعتد أربعة أشهر وعشرا من يوم توفى عنها زوجها مع ثلاث حيض ، تطالب أقصى الأجلين ؛ لأنهما عدتان مختلفتان .

قال : وإن كانت مرتابة أو مستحاضة فعليها من يوم الوفاة أربعة أشهر وعشرا ، وسنة من يوم فسخ نكاح الثانى .

م: هذا يدل على أن مذهبه فى «المدونة» أن عدة المستحاضة والمرتابة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر ، ولو قال : عليها سنة من يوم فسخ نكاح الثانى لأجزأ ؛ لأن الأربعة أشهر وعشراً داخلة فيها .

ومن «المدونة» قال مالك : وإذا غاب عن المرأة زوجها سنين ،ثم نعى لها ، فاعتدت وتزوجت ، ثم قدم زوجها الأول ردت إليه ، وإن ولدت الأولاد من الثانى، إذ لا حجة لها باجتهاد إمام ، أو بيقين طلاق ، ولا يقربها القادم إلا بعد العدة من ذلك الماء بثلاث حيض، أو بثلاثة شهور ،أو وضع حمل إن كانت حاملاً من الآخر.

وإن مات القادم قبل وضعها اعتدت منه عدة الوفاة ، ولا تحل بالوضع دون تمامها ولا بتمامها دون الوضع .

وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : ولو طلقها الأول حين قدم وهى حامل ، فلا يبرئها الوضع ، ولتأتنف بعده ثلاث حيض للأول ، كالتى منعها مرض أو رضاع من الحيض .

هذا قولهم ، إلا أشهب فإنه قال: وضعها يبرئها من الزوجين، وأما ابن القاسم قال: ليست كالناكحة فى العدة تلد من الثانى أو الأول فيبرئها من الزوجين .

قال أصبغ : لأن الطلاق والعدة فى امرأة المنعى وجبت بعد الحمل ، والحمل من غير من تعتد منه ، وغير هذا خطأ .

قال ابن المواز : وإذا اعتدت المنعى لها زوجها ، ثم تزوجت ، فلم يبن بها الثانى حتى مات المنعى أو طلق ، ثم دخل بها الآخر بعد خروجها من عدة الأول ، فليفرق بينهما ، ويؤمر بالتورع عنها ، وهى أخف ممن نكح فى العدة ودخل بعدها ، وكمن يواعد فيها ونكح بعدها ، وهذا قد عقد وهى ذات زوج فعقدة كلا عقد ، ولكنه وطىء فى نكاح كانت فيه عدة فليتنزه عنها أحب إلىّ .

وفى «العتبية» : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى التى نعى لها زوجها : تنكح ثم يقدم فتقول : قد نعى لى ، ولم يكن ما ادعت فاشيا .

قال مالك : لا ترجم ، ودعواها شبهة ، ويفسخ نكاحها وترد إلى الأول ، وتعتد من مسيس الثانى .

قال بعض فقهائنا : عن شيوخنا القرويين فيمن طلق زوجته طلاقًا رجعيًا فتزوجت فى العدة ، وحملت من الثانى قبل انقضاء عدتها ، فنفقتها على الزوج الثانى؛ لأن الحمل له ، وهى محبوسة عن الأول فلا تلزمه نفقة .

وحكى أن غيره يرى أن النفقة على الأول لبقاء عصمته ، وسواء ارتجعها فى العدة أم لا .

قال بعض فقهائنا : ولو كان الأول راجعها في العدة ، ثم تزوجت فى العدة ولم تعلم بالرجعة ، ولا يكون الثانى ناكحاً فى عدة ؛ لأنه إنما تزوج زوجة رجل ، ولو لم يراجعها الأول حتى نكحها الثانى ودخل بها فى العدة ففسخ نكاحه ، وأخذت فى العدة منه فراجعها زوجها الأول في بقية من عدتها ، ووطئها فى الثلاث حيض التى اعتدت بها من الزوج الثاني لم يكن الأول واطئًا فى عدة ؛ لأن الزوجية بينهما قائمة،وإنما عليه أن يستبرئها من وطء هذا الذى تزوجها فى العدة ،وهذا بين فاعلمه.

ومن «المدونة» : قال غير ابن القاسم : ومن نكح أم ولد قد أعتقها سيدها ، أو مات عنها ، أو أمة أعتقها ربها وقد وطئها ، فدخل بها الزوج قبل أن تمضى الحيضة، فذلك يحرم كالوطء فى العدة .

وروى لمالك فى أم الولد يموت سيدها فيتزوجها رجل قبل حيضة : إنه متزوج في عدة .

وروى عنه : أنه ليس كالناكح فى عدة .

م : فوجه الأولى أنهم جعلوا الحيضة فى أم الولد كالعدة فى الحرة ، فكان الناكح فيها كالناكح فى العدة ؛ ولأنه أدخل شبهة فى النسب ، فوجب تأبيد التحريم عليه كالوطء فى العدة .

ووجه الثانية : أن حقيقة هذه الحيضة استبراء لا عدة ؛ لأنها عن وطء بملك ، وإنما ذكر الله عز وجل العدة فى الزوجات ، ولو كانت عدة لكانت قرءين أو شهرين وخمس ليال ؛ لأنها فى حكم الإماء ، فلما كان غالب حكمها الاستبراء كان الوطء بنكاح فيها كوطء [ق /١٢٨/ ٣ب] مبتاع الأمة قبل الاستبراء ، وذلك لا يوجب تأبيد التحريم .

ومن «المدونة» : قال مالك : وإذا وطئ السيد أمته فى عدة من زوج حر أو

عبد، حرمت عليه الأبد .

قال : وكل وطء بملك أو شبهة نكاح فى عدة نكاح يحرم ، ألا ترى أن من طلق زوجته ألبتة ، ثم ابتاعها لم يحل له وطؤها بالملك حتى تنكح زوجًا غيره .

قال ابن وهب عن مالك : ومن وطئ أمة بنكاح فى عدة نكاح ، ثم ابتاعها ، لم تحل له بعد أبدًا .

ومن «العتبية» : روى أبو زيد عن ابن القاسم : ومن نكح أمة فبنى بها وهى حامل من السيد ، فسخ ذلك ، وليس بواطئ فى عدة ، ولا تحرم عليه ، والواطء بملك أو نكاح ممن ليست فى عدة نكاح أو وفاة فليس يحرم .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : فرق عمر بين المتناكحين فى العدة فى العمد والجهل ، وقال : لا يتناكحان أبداً .

ابن وهب : وقد قال عمر فيمن نكح فى العدة فلم يدخل بها حتى فرق بينهما : إنها تتم عدة الأول ، ويخطبها الثانى إن شاء ، وإن دخل بها لم تحل له أبداً .

قال عبد الوهاب : لأنه إذا لم يدخل بها لم يدخل فى النسب شبهة ، وهذا الظاهر .وقد قيل : يتأبد التحريم عليه .

ووجه ذلك : قوله [ق/١٣٦/٣ أ] عز وجل : ﴿ **وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ** ﴾ ، فارتكب النهى فعوقب بتأبيد التحريم .

م : ولأن من أصلنا أنا نحرم بالأقل ، وقد حرم الله ـ عز وجل ـ ما نكح الآباء، فكان العقد على الزوجة تحريمًا على الأبناء كالدخول ، فكذلك هذا .

فيمن أتت بولد بعد العدة وقد نكحت زوجا أم لا

روى ابن وهب عن الليث بن سعد عن ابن عجلان أن امرأته وضعت له ولداً فى أربع سنين ، ووضعت له آخر فى سبع سنين .

وسئل أبو عمران عما يقال : أن مالكًا أقام فى بطن أمه سنتين ؛ فقال : ذكره الواقدى وأخذه عنه ابن قتيبة .

وقيل لابن القاسم : فمن طلق زوجته ثلاثًا أو واحدة فأتت بولد لأكثر من سنتين

أيلزم الزوج الولد ؟

قال : نعم يلزمه عن مالك إذا جاءت به فى ثلاث سنين أو أربع أو خمس ، وهو رأيى .

قال : وكان مالك يقول : إذا جاءت به لما يشبه أن تلد النساء لزمه ، وقد ذكرنا وجه ذلك قبل هذا .

قال ابن القاسم : كل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتى بولد ، وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر ، فإنه يلحق بالزوج ما بينها ومن خمس سنين فأدنى إلا أن ينفيه الحى بلعان ، ويدعى أنه استبرأ قبل طلاقه ، فلا يضرها ما أقرت من انقضاء العدة ؛ لأنها تقول : حضت وأنا حامل ولا علم لى بالحمل ، وقد تهراق المرأة الدم على الحمل .

وكذلك إن طلقت وارتابت بتأخير حيض فاعتدت بسنة ، فإنها تحل إلا أن تستراب بعد ذلك فتنتظر حتى تذهب ريبتها ، فإن تمادت الريبة جلست ما بينها وبين خمس سنين ، فما وضعت بعد ذلك لم يلحق بالزوج ، وإن أتت بعد ذلك لشهرين أو ثلاثة، وتحد المرأة .

وإن مضى لهذه المطلقة خمس سنين إلا خمسة أشهر ، ولم تقر بانقضاء العدة ، ثم تزوجت ، فإن قالت : إنما تزوجت بعد العدة وبعد زوال الريبة صدقت ، ولا تنكح المسترابة البطن إلا بعد زوال الريبة ، أو بعد خمس سنين ، فإن نكحت قبل خمس سنين بأربعة أشهر فأتت بولد لخمسة أشهر من يوم نكحت لم يلحق بأحد الزوجين وحدت ، وفسخ نكاح الثانى ؛ لأنه نكح حاملا .

م : وحكى لنا عن بعض شيوخنا القرويين : أن الشيخ أبا الحسن كان يستعظم أن ينفى الولد من الزوج الأول ، وأن تحد المرأة حين زادت على الخمس سنين بشهر ، وكان يقول : كأن الخمس سنين فرض من الله ـ عز وجل ـ ورسوله ، وقد اختلف قول مالك وغيره فى عدة الحمل ، فقال مرة : يلحق الحمل إلى سبع سنين .

وقال : إلى دون ذلك ، فكيف ينفى الولد وترجم المرأة فيمن كان القول فيها على مثل هذا ، هذا عظيم .

قال مالك : وإن نكحت امرأة ودخلت فى العدة قبل حيضة ،ثم ظهر بها حمل ،

فهو للأول ، وتحرم على الثانى ، ولو نكحت بعد حيضة فهو للثانى إن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم دخل بها الثانى ، فإن وضعته لأقل فهو للأول ، وهذا حكم النكاح ، وإنما القافة فى الأمة يطأها السيدان فى طهر واحد فتأتي بولد .

قال : وكذلك من نكح فى عدة وفاة بعد حيضة أو قبل فى لحوق الولد .

قال ابن القاسم : وعدتها منهما وضع الحمل ، ألحقت الولد بالأول أو بالثانى ، وهو فيها أقصى الأجلين .

قال ابن المواز : ومن تزوج امرأة فى العدة قبل حيضة فأتت بولد يريد لستة أشهر، فهو للأول إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن لم تلعن هى ، وكان بالثانى لاحقًا إلا أن ينفيه ، فإن نفاه بلعان التعنت هى ، وإن نكلت حدت ، ولو التعن الثانى ، ثم استلحقه الأول لحق به ولم يحد ، إذ لم ينفه إلى زنا [ق/ ١٢٩/ ٣ب] .

وإذا كان الثانى هو مستلحقه دون الأول ، لحق به وحد ؛ لأنه كان نفاه إلى غير أب ، ومن استلحقه منهما أولاً لحق به ، ثم لا دعوى للثانى فيه ولو ادعاه الأول قبل لعان الثانى لم يقبل منه ؛ لأنه ابن للثانى ، ولو استلحقاه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به .

فى امرأة الخصي و الصبي تأتي بولد وعدتها منه وعدة الذمية تسلم تحت ذمى ، والعدة في النكاح الفاسد وتصادق الزوجين على نفى المسيس

قال مالك : وإذا كان الصبى لا يولد لمثله وهو يقوى على الجماع ، فظهر بامرأته حمل، لم يلحق به وتحد المرأة، وإن مات هذا الصبي لم تنقض عدتها من الوفاة بوضع حملها ، وعليها أربعة أشهر وعشرا من يوم مات ، وإنما الحمل الذي تنقضى به العدة الحمل الذى يثبت به نسبه من أبيه، خلا الملاعنة خاصة ، فإنها تحل بالوضع، وإن لم تلحقه بالزوج. وإذا مات زوجها وهى فى العدة لم تنتقل إلى عدة الوفاة .

يريد : وكذلك المختلعة والمنعى لها زوجها والمعتدة من وفاة تتزوج فتحمل من الآخر ، أو تكون حاملاً من الأول فيلحق الولد بأحدهما، فإنه تنقضى به عدتها من الآخر ، وإن لم يلحق به ، وقد تقدم هذا .

قال مالك: وإذا دخل الصبى بزوجته ومثله يقوى على الجماع ولا يولد لمثله ، ثم صالح عنه أبوه أو وصيه ، فلا عدة على امرأته ، ولا صداق لها ، ولا غسل عليها من وطئه إلا أن تلتذ ، يعنى : أنزلت .

فصل

قال مالك: والخصى لا يلزمه ولد إن أتت به امرأته ، إلا أن يعلم أنه يولد لمثله فيلزمه.

قال ابن حبيب : وإن كان الخصى مقطوع الخصار والعسيب ممسوحًا ، فلا عدة عليها من طلاقه، وهى داخلة في قوله تعالى : **﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾** [الأحزاب:٤٩] وإن جاءت بولد لم يلحق به ، وعلى امرأته الحد ، وإذا بقى معه أنثياه أو اليسرى ، وبقى معه من عسيبه بعضه، فالولد لاحق به ، إلا أن ينفيه بلعان، وعليها العدة.

وروى ذلك عن مالك .

ومن «المدونة» : قال مالك وإذا أسلمت ذمية تحت ذمى ، ثم مات وهى فى عدتها لم تنتقل إلى عدة الوفاة ، وتمادت على عدتها ثلاث حيض.

قال غيره : وناكحها ناكح في عدة.

قال مالك: ولا شيء لها من المهر إن لم يكن دخل بها ، مات أو لم يمت.

قال في «المستخرجة» : فإن تزوجها مسلم بعد حيضة لم يفسخ نكاحه، دخل بها أم لا ؛ لأن مالكًا كان يقول قديمًا : عدتها حيضة.

وقال أصبغ في كتاب ابن المواز كقول ابن القاسم ، ابن المواز : وقال ابن وهب: يفسخ نكاحه .

ومن«المدونة»: قال : وما فسخ من نكاح فاسد أو ذات محرم، أو المنعى لها تنكح، أو أمة بغير إذن سيدها ، فالعدة في ذلك كله كعدة النكاح الصحيح، ويعتددن في بيوتهن [ق/ ١٣٧/ ٣ أ] .

فصل

ومن «المدونة»: وإذا تصادق الزوجان بعد الخلوة في النكاح الفاسد أو الصحيح على نفي المسيس لم تسقط العدة بذلك ؛ لأنه لو كان ولد لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان، ولا يكون لها صداق ولا نصفه ؛ لأنها لم تطلبه ، وتعاض من تلذذه بها إن كان تلذذ منها بشيء ، وقيل: لا تعاض .

فى امرأة المفقود والأسير وماله وميراثه وفى التى يبلغها الطلاق ولم تبلغها الرجعة

وقد ضرب عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - لامرأة المفقود أربع سنين ، ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل.

قال مالك: وبلغنى عنه فى امرأة المفقود ، وفى التى علمت بالطلاق ، ولم تعلم بالرجعة، أنها إن تزوجت ثم قدم الأول فإنه أحق بها ، ما لم يدخل بها الثانى ، وهذا أحب ما سمعت إلىّ فيها وفى امرأة المفقود .

قال : وإنما يضرب السلطان الأجل لامرأة المفقود بعد أن ترفع إليه، وإن لم تقم إلا بعد سنين ، وإنما يضرب لها بعد الكشف عنه .

وإن علم إلى أى جهة خرج إليها كتب إليها فى الكشف عنه ، فإذا آيس من علم خبره ضرب لها من يومئذ للحر ، أربع سنين وللعبد سنتين، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة.

قال: ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة ، كان زوجها دخل بها أم لا ، وعليها الإحداد .

قال ابن الماجشون: لا إحداد عليها، ولها ذلك فى يقين الموت.

م : وروى لمالك: إذا كان للمفقود امرأتان فرفعت إحداهما أمرها إلى السلطان، فضرب له أجل أربع سنين، ثم بعد ذلك رفعت المرأة الأخرى أمرها. قال مالك: لا يستأنف لها ضربًا.

وذكر لنا عن بعض شيوخنا مثل هذا .

قال: وكذلك إن قامت بعد مضى الأجل والعدة فإنه يجزئها ، وضرب الإمام الأجل لواحدة من نسائه كضربه لجميعهن ، كما أن تفليس المديان لأحد الغرماء تفليس لجميعهم ، وقيام [ق/ ١٣٠/ ٣ب] واحد كقيام الجماعة ، وذكر عن أبى عمران : أنه يضرب للثانية الأجل حين ترفع إليه من غير أن يكشف عن أمر المفقود ؛ ولأنه قد كشف عنه للأولى .

قال بعض فقهائنا : وهذا أصح، والله أعلم .

قال عبد الوهاب : وإنما قلت : أن الإمام يكشف عن خبره إذا رفعت زوجته ذلك إليه ،ثم يضرب له أجل أربع سنين ، ليزيل الضرر عنها، ولا يجوز له ضرب الأجل قبل السؤال ، والبحث ، لجواز أن يكون حيًا ، وإنما يضرب له أجل أربع سنين لاجتماع الصحابة على ذلك ، وروى عن عمر وعثمان وعلى ـ رضى الله عنهم ـ : أنه يضرب له أجل أربع سنين، ومثله عن جماعة من التابعين، ولم يحفظ خلاف عن أحد من الصدر الأول فى ذلك ؛ ولأن أصل ضرب الأجل إنما هو للغالب من مدة الحمل، وغالبه هذا المقدار ؛ ولأنه لما كان لها الخيار في الفرقة مع العنة والإيلاء ، ولم يكن فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة، كان فى مسألتنا الجامعة لفقد ذلك أولى، وإنما جعلنا عليها عدة الوفاة دون عدة الطلاق؛ لأن الغالب من شأنه الموت ، إذ لو كان حيًا لكان فى طول البحث يعلم حاله، ولا يجوز لمحكوم لها بالمفارقة أن تتزوج إلا بعد العدة ؛ لأن الطلاق لا يوجب عدة قبل الدخول ، فاحتيط بهذا للزوج الأول وللنسب فبنى أمره على الغالب وهو الموت، ولم تكن لها نفقة فى هذه العدة ؛ لأنها عدة وفاة ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ، وهو فى ذلك بخلاف الأجل الذى لها النفقة فيه.

وإنما قلنا : إذا انقضت العدة كان لها التزويج ؛ لأن الخبر ورد بذلك عن عمر وعثمان ـ رضى الله عنهما ـ ولأن العدة لو لم تفد إباحة تزويجها لكان لا معنى لها، وإنما لم تحتج فيه إلى إذن الإمام ؛لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل؛ لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه .

قال أبو عمران : أحسن ما يعتمد عليه فى تصحيح أربع سنين للمفقود أن يقال: إن عمر وعثمان وغيرهما من جميع من ذهب إلى إبانة المرأة من عصمته مع تجويز حياته اتفقوا على توقيت أربع سنين ، والمخالفون لهم قالوا: لا تنكح أبدًا حتى تتيقن وفاته ، فإذا كان للسلف قولان لم يجز إحداث قول ثالث بعد انقراضهم، وإنما يجوز لمن بعدهم التمسك بما رأوه أصوب من ذلك، وضعف قول الأبهرى : إن توقيت أربع سنين إنما هو ؛لأنه أقصى مدة الحمل ، وذلك منتقض بقول مالك فى العبد : أنه

يضرب له أجل نصف ذلك ، وأنه اختلف قوله فى أقصى مدة الحمل.

ومن « المدونة » : قال مالك: فـإن قدم أو صحت حيـاته قبل أن تنكح ، منعت من النكاح وكانت زوجة بحالها .

وكذلك لو تزوجت ولم يدخل بها لفسخ نكاح الثانى وردت إلى الأول.

وكذلك التي يبلغها الطلاق ولم تبلغهـا الرجعة ، فإن لم تعلم هى ولم يقدم هو حتى دخل بها الثانى ، فالثانى أحق بها .

وأول قولى مالك فيها : إن عقد نكاح الثانى دون البناء يفيتها على الأول، وأخذ به المغيرة وغيره.

وأخذ ابن الـقاسم وأشهب بـقوله الآخر : إن الأول أحق بـهـا ما لم يدخـل بها الثاني .

م : وعلى هذا القول الذى لا يفـيتها إلا دخـول الثانى بها ، فـيجب أن تقع به الحرمة ، وإن لم يدخل بها .

وقد اخـتلف هل يقع التحريم فى النكاح المخـتلف فى فسخـه ؛ وهذا أقوى فى التحريم لقوة الاختلاف فيه .

قال عـبد الوهاب: وإنما قال: إن جـاء زوجها فى الأجل أو فى العـدة ، أو قبل تزويجها فـهو أحق بها ؛ لأن الأجل إنما ضرب لمجيئـه والعدة لوفاته، فلم يكن ذلك ولم تفت بتزويج ، فلذلك كانت باقية على زوجيته.

وإنما قال: وإن جاء بعد عقد الثانى ودخوله فلا مقال له ؛ لأنها قد فاتت بالوطء وحكم الحاكم ؛ لأن اعتدادها بأمره حكم بالفراق عليه.

وأما إن جاء بـعد التزويج وقبل الدخـول فوجه قول مـالك الأول : أنها نكحت بعد الاعتداد وضرب الأجل كما لو دخل .

ووجه الآخر : أنه عقد نكاح مختلف فيـه طرأ عليه عقد نكاح صحيح تقدمه ، فوجب أن لا يفيتها إلا بأن يضم إليه دخول ، أصله نكاح الوليين.

م : وأيضًا فـإن النكاح الثانى من نكاح صـحيح لم يدخل فـيه ، والأول نكاح

صحيح دخل فيه، فقد زاد مزية الدخول على الثانى فكان أولى .

وإن دخل الثانى فقد استوت مزيتهما وزاد عليه الثانى الحيازة فكان أولى ، قال ابن الجلاب : وإن فقد قبل الدخول أعطيت [ق/ ١٣١/ ٣ب] المرأة نصف صداقها.

قال : فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها ، وكذلك إن مضى عليه من الزمان ما لا يحيا لمثله دفع إليها بقية صداقها .

م : وقاله عبد الملك: وقيل يدفع لها أولاً صداقها كله، فإن جاء بعد ذلك زوجها حيًا رجع عليها بنصفه .

وقيل: لا يرجع عليها بشيء .

فوجه قوله : يدفع إليها نصف صداقها ، خوفًا أن يكون زوجها حيًا فتعد فرقته طلاقًا.

ووجه أنه يرجع إليها جميعه : [ق/ ١٣٨/ ٣ أ] لأنه أنزله بمنزلة الميت ،واعتدت لوفاته، فكان لها جميعه كالمتوفى عنها زوجها .

ووجه إن جاء حيًا رجع عليها بنصفه : لأنه قد بان صحة الفرقة أنها كانت طلاقًا.

ووجه أنه لا يرجع عليها بشيء : لأنه حكم نفذ فلا ينقض.

ومن كتاب ابن المواز: قال مالك: إذا قضى لزوجته بجميع الصداق قبل البناء، ثم قدم ـ يريد وقد تزوجت ـ ردت نصفه.

ثم رجع فقال : لا ترد شيئًا كالميت والمعترض ، قال ابن المواز: وهذا استحسان، والأول أقيس، وهو أحب إليّ ، وقاله أصبغ.

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: وإذا ضرب لها الأجل واعتدت ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقود، فليس لها ذلك ؛ لأنها صارت مباحة للأزواج ، ولا حجة أنه لو قدم لكان أحق بها ؛ لأنها إنما أمرت بالعدة للفراق ، فتجبر على ذلك حتى تظهر حياته ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث ، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه .

وكذلك قال أبو عمران : إذا اعتدت أو مضت بعض العدة لم يكن لها أن ترجع إلى عصمته ، وقد وجبت عليها العدة والإحداد، فليس لها أن تسقط ما وجب عليها باختيارها ، وأما فى الأربع سنين فلها ذلك ؛ لأنها لم تجب عليها عدة.

قال: ومتى ما رفعت بعد ذلك ابتدأ لها الضرب .

قال الشيخ : وحكى ابن عيشون الطليطلى عن ابن نافع : أنها إذا اعتدت ثم قدم المفقود ، أنه لا سبيل له إليها ؛ لأنها أبيحت للأزواج إلا بصداق مبتدأ.

قال أبو عمران : وتواليف ابن عيشون الطليطلى مختلة ونقله ضعيف.

ومن «المدونة» : قال مالك : فإذا رجعت إلى الأول قبل بناء الثانى كانت عنده على الطلاق كله، وإنما تقع عليها طلقة بدخول الثانى ، فأما قبل ذلك فلا؛ لأنه قد وقع الفراق، وقبل الدخول قد فسخ نكاح الثانى وبقيت على الزوجية الأولى .

قال مالك: وإذا مات عنها الثانى بعد البناء ، ثم تزوجها الأول رجعت عنده على تطليقتين ، إلا أن يتقدم له فيها طلاق .

قال ابن القاسم : وإذا علم أن المفقود مات بعد نكاح الثانى وقبل دخوله، فموته ههنا كقدومه حينئذ ، فيفسخ نكاح الثانى وترث الأول ، وتعتد لوفاته من يوم صحة موته؛ لأن عصمة الأول لم تسقط ، وإنما تسقط بدخول الآخر .

م : وهذا على قوله الآخر : إنها لا تفوت إلا بالدخول، ولأن موته في هذا القول قبل دخول الثاني يصير الثاني كأنه ناكح فى عدة ؛ لأنها باقية على عصمة الأول، وتلزمها بموته عدة الوفاة ، وقد صارت فى حال العدة متزوجة لغيره لم يدخل بها .

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : ولو مات الثانى قبل البناء فورثته ، ثم علم أن الأول حى ردت ميراثها من الثانى ، ورجعت إلى حكم عصمة الأول فى حياته وموته ولو علم أن الأول مات بعد بناء الثانى فهو كمجيئه حينئذ ، فثبتت عصمة الثانى ولا ترث الأول .

ابن المواز : ولو دخل بها الثانى ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثانى ، كان

نكاح الثانى مفسوخًا .

م : لأنه يصير كالناكح فى العدة، إذ مر بها زمن العدة وهى معقود عليها ، فكان ذلك كالعقد فيها ، كالرامى من الحل تخرق رميته الحرم فتصيب الصيد فى الحل، أنه كالرامى فى الحرم .

قال الشيخ : وقد تقدم لابن المواز ما يدل على خلاف هذا .

قال: إذا اعتدت المنعى لها زوجها وتزوجت ودخل بها ، ثم ثبت أن الأول مات بعد عقد الثانى وقبل دخوله، فليفرق بينهما ويؤمر [ق/ ١٣٢/ ٣ب] بالتورع عنها ، وهي أخف ممن نكح فى العدة ودخل بعدها، وهو كمن يواعد فى العدة ودخل بعدها؛ لأنه عقد نكاحها وهى ذات زوج فعقده كلا عقد، ولكنه وطئ فى نكاح كانت فيه عدة فليتنزه عنها أحب إلىّ .

م : وما قدمت أقيس ؛ لأنه عقد لو قدم بعد الدخول فيه لم ترد إليه ، وليثبت على ذلك العقد ، وإن كانت يوم العقد ذات زوج، فإذا مات الأول قبل دخول الثانى فقد صادفتها العدة وهى معقود عليها، فهى كمن عقدت فى العدة، ودخلت بعدها، أصله الرامى من الحل تخرق رميته الحرم ثم تصيبه فى الحل، والله أعلم.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: ولو مات الأول بعد الأجل والعدة ، ثم نكحت فى وقت تكون فيه فى عدة من الأول فى صحة موته فسخ نكاح الثانى ، فإن لم يكن دخل بها كان خاطبًا من الخطاب بعد انقضاء عدة الأول، وإن كان قد بنى بها فى عدة الأول لم تحل له أبدًا، وترث الأول فى الوجهين ، وإن صح أنها نكحت بعد تمام عدة الأول من يوم موته، ورثته وثبتت مع الثانى ، واسلك بالتى تعلم بالطلاق ولا تعلم بالرجعة حتى تعتد ، وتنكح هذا المسلك فى فسخ النكاح والموت والميراث وجميع أحكامها.

قال عبد الملك: وذلك إذا أقام بينة أنه ارتجع قبل عقد الثانى ، فأما بقوله بعد عقد نكاح الثانى : إنى ارتجعت قبل عقد الثاني، فلا يقبل منه.

قال ابن المواز: وامرأة المفقود لو تزوجت الثانى ودخل بها ، ثم وجد نكاحه نكاحًا فاسدًا ، يفسخ بغير طلاق ، وقدم المفقود ، فإنها ترد إليه، ولو كان نكاحًا يفسخ بطلاق لم ترد إليه ، ولو قدم بعد أن خلا بها الثانى خلوة توجب عليها العدة،

وقال: لم أمسها ، لحرمت على الثانى .

يريد : فى هذا النكاح ، ولم تحل للآخر إلا بنكاح جديد بعد ثلاث حيض.

قال: وإن نكحت امرأة المفقود في شهور العدة فهي ناكحة في عدة ما لم يظهر للمفقود خبر ، ويفسخ نكاحها ،وتؤمر بتمام الشهور مع ثلاث حيض من الثانى، فإن نكحت فى الثلاث حيض فهى ناكحة فى العدة ظهر للمفقود خبر أو لم يظهر ، ولكن يكون الناكح فى الشهور ناكحًا فى عدة إن عمى خبره ، وإن ظهر أنه حى أو أنه مات فى وقت لا تكون تلك الأشهر عدة ، أو أنه مات بعد الشهور لم يكن ناكحًا فى الشهور ناكحًا فى عدة .

ولو تزوجت ثالثاً بعد الثلاث حيض من الثانى وبعد الشهور، ودخل بها الثالث صار متزوجًا فى الشهور ناكحًا فى العدة ، إذ لا سبيل للمفقود إليها بعد الدخول الصحيح قبل العلم بخبره .

قال أبو محمد : إذا كان يلزم المفقود طلقة فقد انكشف أن عدتها عدة الطلاق ، فالأول جاهل نكحها بعد تمام عدة الطلاق فى بقية من الأربعة أشهر وعشر ، فيسلم من النكاح فى العدة ، أو قبل ذلك فيكون ناكحًا فى عدة.

قال ابن المواز: ولو ظهر أنه مات فى وقت يكون الثالث ناكحًا فى عدة من وفاة كان الثالث والثانى ناكحين فى عدة، والناكح أولاً فى الشهور غير ناكح فى عدة.

قال مالك: إن نكحت فى الأربع سنين ودخل بها فليفرق بينهما ، ثم يقيم تمام الأربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ، ولابد فى ذلك من ثلاث حيض ، وليس بناكح فى عدة.

وذكر عن أبى عمران: إذا تزوجت فى الأجل أو قبل ضربه فليفرق بينهما، وتُحد إن لم تعذر بجهل، كالمنعى لها زوجها.

قال: وعند إسماعيل القاضى : أن امرأة المنعى لها زوجها بمنزلة امرأة المفقود فى اختلاف قول مالك في دخول من تزوجها وغير دخوله .

وقال: لا تكون أسوأ حالاً من امرأة المفقود ، وتكون البينة التي نعت إليها زوجها [ق/ ١٣٩/ ٣أ] وما فعلت هى كحكم الحاكم فى المفقود ، قال الشيخ : وقد تقدم

لمالك وأصحابه خلاف ذلك وإنما ترد إلى الأول وإن فاتت وولدت الأولاد من الثانى، إذ لا حجة لها باجتهاد إمام أو بيقين طلاق .

وذكر عن أبي عمران : إذا تزوجت فى الأربعة أشهر وعشر ففرق السلطان بينهما إذ تزوجت فى العدة ، ثم ثبت أن المفقود مات ، وانقضت عدتها منه قبل الأربعة أشهر وعشر وقبل تزويجها .

قال: لا يلزم ذلك الفسخ، وترد إلى هذا الزوج.

ولو كانت قد تزوجت غيره لفسخ نكاح الثالث وردت إلى الثانى.

وكذلك مسألة المنعى لها زوجها ، وكذلك لو غاب عن امرأة زوجها فتزوجت ففسخ السلطان نكاحها ؛ لأنها زوجة رجل ، ثم انكشف أن الغائب مات أو طلقها وانقضت عدتها منه قبل نكاح هذا الزوج ، أن هذا الفسخ لا يلزمه وترد إليه، وهى كامرأة المنعى لها زوجها ترد إلى زوجها على كل حال.

قال: ولو أخبرها ثقتان بموت زوجها الغائب ، فاعتدت وتزوجت ولم ترفع إلى حاكم، فلا يفسخ ذلك النكاح إذا كانت البينة عدلة ، والأمر على الصحة حتى يظهر خلاف ذلك، وإنما يفسخ ذلك إذا كانت غير عدلة، أو لم يعلم ذلك إلا لقولها، فيفسخ نكاحها ، إذ لسنا على صحة من استباحتها .

وإذا ثبت موته عندها برجلين ثقتين لم يلزمها أن ترفع إلى الحاكم ،ولها أن تتزوج.

قال ابن حبيب عن أصبغ: وإذا نكحت بعد الأجل والعدة وبنى بها ثم طلق أو مات ، ثم قدم الأول فأراد نكاحها [ق/ ١٣٣/ ٣ب] وقد تقدم له فيها طلقتان، فلا تحل له إلا بعد زوج؛ لأنه ثالثة بعد دخول الثانى بها .

وفي «السليمانية» قال أشهب : له أن يتزوجها بعد أن فارقها زوجها الثانى ؛ لأنه أحلها له، وقاله بعض شيوخنا القرويين.

قال: لأن بدخول الثانى انكشف لنا أن الطلقة وقعت عليها بعد العدة ، ولو وقعت عليها بعد دخوله لوجب أن تستقبل العدة .

وقال أبو عمران : قول أصبغ صواب ؛ لأن الطلقة الثالثة إنما تقع بدخول الثانى

وهى لم تحدث بعدها نكاحًا، فلا تحل له من بعد حتى تنكح بعده زوجًا غيره، وكذلك القول على أول قول مالك : أن عقد النكاح يفيتها أنها لا تحل للمفقود إلا بعد زوج ثان، فهذا وجه قول أصبغ ، والآخر وجه قول أشهب .

ومن «المدونة»: قال مالك: وينفق على امرأة المفقود فى الأربع سنين من ماله، ولا نفقة لها بعد ذلك فى الأربعة أشهر وعشر ؛ لأنها معتدة ، ولولده النفقة ما كانوا صغارًا ، إن لم يكن لهم مال، فإن كان لهم مال أنفق عليهم منه ؛ لأن مالكًا قال: إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على نفقته .

قال ابن القاسم: وما أنفق على ولد المفقود وزوجته، فلا يؤخذ منهم بذلك كفيل.

قال مالك: وإذا أنفقت امرأة المفقود من ماله فى الأجل ، ثم ثبت أنه مات قبل ذلك، غرمت ما أنفقت من يوم مات ؛ لأنها قد صارت وارثة ، وإن لم يكن منه تفريط، ونفقتها من مالها .

قال ابن القاسم: وكذلك إن مات قبل الأجل فإنها ترد ما أنفقت من يوم مات.

وكذلك المتوفى عنها زوجها ترد ما أنفقت بعد الوفاة .

وكذلك ما أنفق على ولد المفقود ، ثم ثبت أنه مات قبل ذلك ، فإنهم يردون ما أنفقوا بعد موته .

فصل

قال مالك: ولا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتى عليه من الزمان مالا يحيا إلى مثله، فيقسم بين ورثته حينئذ لا يوم فقد .

م : لأنه لا ضرر فى إيقافه ، فهو مفارق للزوجة.

قال مالك: أو يصح وقت موته فيرثه ورثته يوم صحة موته .

ابن المواز: قال ابن القاسم وغيره : وترثه حينئذ زوجته هذه التي ضرب لها الأجل ،واعتدت إن لم تتزوج ويبنى بها، ولو علم أنه مات قبل بناء الثانى لها لورثت

الأول كانت الآن حية أو ميتة، وأحب إلينا ما قاله ابن وهب : إنهما يتوارثان ما لم تنكح زوجًا غيره لأنه لو أتى لكانت على زوجيتها معه.

واختلف فى تعميره فقال : مالك وابن القاسم: سبعون .

قال عبد الوهاب : وهذا هو الظاهر، لقوله ﷺ : « **أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين ، وقل من يجاوز ذلك** » وهذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار ، وقال مالك وابن القاسم أيضًا: ثمانون وقال ابن الماجشون: تسعون.

وقيل عنه : مائة.

وقال أشهب : مائة من يوم مولده.

وسئل الشيخ أبو عمران عن الذى يفقد وهو ابن ثمانين سنة ؟

قال: يضرب أجل عشر سنين، وكذلك إن كان ابن تسعين ، وأما إن كان ابن خمس وتسعين فإنما يضرب له خمس سنين،وإذا فقد ابن مائة اجتهد فيما يضرب له.

قال غيره : كالسنة ونحوها .

وفي كتاب ابن سحنون: إذا فقد ابن ثمانين ، أو تسعين ، أو مائة استحب أصحابنا أن يزاد على ذلك عشر سنين.

قال بعض أصحابنا : والأول أصوب.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإذا مات للمفقود ولد، وقف ميراثه منه، فإن أتى أخذه ، وإن مُوِّت بالتعمير رد ذلك إلى ورثة الابن من يوم مات، وورث هذا المفقود ورثته يوم جعلته ميتًا ، ولا يرثه الذى مات قبل ذلك.

قال مالك: ولا يحرث أحد أحدًا بالشك، وكذلك لا أورث بالشك من لا يعلم أولهما موتًا بغرق أو هدم، ويرث كل واحد ورثته .

وقال ابن الماجشون : وإذا موت الأب بالتعمير بقى ميراثه من الابن موقوفًا إلى يقين أولهما موتًا ، وبدأنا إياه على ورثة الابن توريثًا بالشك .

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم : وإذا فقد عبد فأعتقه سيده وله ولد أحرار لم يجر ولاءهم حتى يعلم أن العتق أصابه حيًا ، ولا يوقف للعبد ميراث من مات من

ولده الأحرار ، وهو بخلاف الحـر فى هذا ؛ لأنه على أصل منع الموارثة بالرق حتى يصح عتقه ، وأحسن ذلك أن يدفع إلى ورثة الابـن بحميل يعطونه ، فإن جاء أبوهم دفعـوا إليه حظه من ذلك ، وإنما أوقعـته للحر ولـم أدفعه بحـمالة ؛لأنه على أصل توارث الأحرار ، إلا أنى لا أورث بالشك ، وينظر الإمام فى مال المفـقود، ويجمعه ويوقفه ، كان بيد وارث أو غيره ، ويوكل به من يرضاه ، وإن كان فى ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه له ، وينظر فى ودائعه وقـراضه ، ويقبض ديونه ، ولا يبرأ من دفع من غرمـائه إلى ورثته ؛ لأنهم لم يرثوه بعـد ، وما أسكن ، أو أعـار ، أو أجر إلى أجل أرجى إليه ، وإن قـارض إلى أجل فسخ ، وأخذ المال ، وما لحـقه من دين، أو اعتراف أو عهـدة ثمن أو عيب قضى به عليه، ولا يقام له وكيـل ،وتباع عروضه فى ذلك [ق / ١٤٠ / ٣ أ] وإن أقـام رجل البـينة أنـه أوصى له بشىء أو أسند إلـيـه الوصية، سـمعت بينته، وإذا قضى بموته بحقيـقة أو بتعمير جـعلت الوصى وصيه ، وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حيًا وحملها الثلث ، ولا أعيد البينة .

وكذلك إن أقامت المرأة بينة أنه زوجها قبلت بـينتها، لأن مالكًا يرى القضاء على الغائب.

فصل

قال ابن القاسم : وأما الأسير فلا تؤجل امرأته ، بخلاف المفقود ، علمنا بموضع الأسر أم لا ؛ لأنه معلوم أنه قد أسر، ولا يصل الإمـام من كشف حاله إلى ما يفعله في المفقـود ، ولا تنكح امرأته إلا أن يصح موته ،أو تنصُّره إمـا طائعًا ، أو لا يعلم أطائعًا أو مكرهًا [ق. ١٣٣ / ٣ ب] فيفرق بينهما ،ويوقف ماله ، فإن مات مرتدًا كان للمسلمين ، وإن أسلم كان له ، وإن تَنَصَّرَ مكرهًا كانت فى عصمته وينفق عليها من ماله .

فصل

قال أصـبغ : ومن أدرب فى البـر إلى بلد الحرب ، فليس كـالمفقـود في ضرب الأجل ، وأما من فقـد إليها فى البحـر فكالمفقود بعد الكشف والتـربص، يضرب له الأجل.

وقال أشهب فى المدرب فى البـر إلى بلد الحرب كمفـقود فى بلد الإسلام ، ولا أقوله .

وقال عيسى عن ابن القاسم عن مالك : المفقود على ثلاثة أوجه : فمفقود لا يدرى موضعه ، فهذا يكشف عنه الإمام ، ثم يضرب له بعد الكشف أربع سنين ، ثم تعتد زوجته أربعة أشهر وعشرا ، وتأخذ جميع الصداق، ثم تتزوج إن شاءت .

ومفقود في صف المسلمين فى قتال العدو فى بلادهم ، فهذا لا تنكح امرأته أبدًا وتوقف هى وماله حتى يأتى عليه من الزمان ما لا يحيا لمثله .

م : وذلك كالأسير .

قال: ومفقود فى فتن المسلمين بينهم البين ، فهذا لا يضرب له أجل ، وإنما يتلوم الإمام لزوجته باجتهاده بقدر انصراف من انصرف ، وانهزام من انهزم ، ثم تعتد وتتزوج.

قال ابن القاسم : وأنا أرى إن كانت الغيبة التى فقد فيها بعيدة من بلده كإفريقية ونحوها ، ضرب له سنة ونحوها ، ثم تعتد زوجته ، ويقسم ماله .

قال سحنون : وإذا فقد فى معترك بين المسلمين ، وشهد أنه قتل ممن حضره ممن لا يعدل ؟.

قال : فإن ثبت حضوره المعترك بالعدول فله حكم الميت ، وإن لم يشهد بموته ، ويقسم ماله وتعتد زوجته من يوم المعترك .

وإن كان إنما رأوه خارجًا مع العسكر ليس فى المعترك ، فهو كالمفقود ، ويضرب له أجل الفقد .

فصل

قال ابن حبيب : ومن فقد فى معارك المسلمين التى تكون بينهم ، فسواء كانت فى بلده أو بائنة عن بلده ، فلتتربص زوجته سنة أو ما قاربها ، ثم تعتد عدة الوفاة ، ثم تحل للأزواج ، ويؤخر ميراثه إلى التعمير ، قال أصبغ : إلا أن يكون المعترك فى موضع لا يظن أحد له بقاء لقربه وإيضاح أمره ، فلا تتربص زوجته حينئذ أكثر من العدة ، ويقسم ماله .

قال ابن حبيب : وقيل : إن كانت المعركة في بلده أو قرب منها ، لم تؤمر امرأته بأكثر من العدة ، وقسم ماله ، وإن كانت بائنة عن بلده تربصت زوجته سنة ثم حلت وقسم ماله .

قال ابن حبيب : والأول أحب إلينا .

واختلف قول ابن القاسم فى كتاب محمد ، هل العدة داخلة فى السنة أو بعدها فى الذى يضرب له السنة .

فى عدة الوفاة وعدة امرأة الخصى والمجبوب والصبى وعدة الصغيرة :

قال الله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1] ، وقال عز وجل : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2]، فهذه عـامة لكل معتدة .

وقيل : إنها نزلت بعد الأولى .

قال مالك : فعلى كل معتدة لوفاة زوج تربص أربعـة أشهر وعشر إن كانت حرة مسلمة أو كتابـية ، بنى بها أو لم يبن ، صغيرة كانت أو كبـيرة ، والزوج صغيرًا أو كبيرًا، حرًا أو عبدًا ، مجبوبًا أو سليمًا .

قال : وإذا علم بعد وفاة الزوج بفساد نكاحه ، وأنه مما لا يقران عليه ، فلا عدة عليها ولا إحداد ، وعليها ثلاث حيض استبراء إن كان قد بنى بها ، ويلحقه ولدها ، ولا ترثه ، ولها الصداق المسمى كله مقدمه ومؤخره .

فصل

قال : وعدة الأمة وأم الولد ومن فـيها بقية رق فى وفاة زوجهـا شهران وخمس ليال ، وقاله ابن المسيب وسليمان بن يسار وغيرهما .

وقال يحيى بن سعـيد : إن كانت الأمة لم تحض اعتدت فى وفـاة زوجها أربعة أشهر وعشرًا ، إلا أن تحيض حيضة قبل شهرين وخمس ليال فذلك يكفيها .

ومن غير « المدونة » : قال مالك : وإن كانت الأمة لا يوطأ مثلها ،أو لم يبن بها فقد حلت بتمام الشهرين وخمس ليال ، وإن كانت يوطأ مثلها ، ولم تحض أو يائسة من المحيض،وقد بنى بها رفعت إلى تمام ثلاثة أشهر،إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك .

قال أشهب : فإن نكحت بعد تمام شهرين وخمس ليال فسخ ولا عقوبة فيه، إلا

---

(١) سورة البقرة: (٢٣٤).

(٢) سورة الطلاق : (٤) .

أن تنكح قبل بشهرين وخمس ليال فى الوفاة ،وقبل شهر ونصف فى الطلاق، فتعاقب.

وقال أصبغ : إن تزوجت الحرة المستحاضة أو المستبرأة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهر وعشر فى الوفاة ، وقبل تمام تسعة أشهر ، لم أفسخ نكاحها ؛ لأنها اعتدت بما أمرت به ، وقد أبهم الله عز وجل ذلك ، وقد علم أن منهن من تحمل ، وإنما الزيادة استظهار إلا أن يوجد فى بطنها حركة ، فيفسخ إن نكحت قبل زوال ذلك .

قال أشهب : وإن كانت ممن تحيض فأتى للحرة فى الأربعة أشهر وعشر ، وللأمة فى الشهرين وخمس ليال وقت حيضتها فحاضتها ، فقد حلت بتمام العدة .

وإن لم تأتها فهى مسترابة ، فترفع الحرة والأمة إلى التسعة أشهر ، وتحل .

قال أشهب : إلا أن تحس تحريكًا فتقيم إلى خمس سنين .

قال مالك : إلا أن تحيض الحرة قبل التسعة أشهر وبعد الأربعة أشهر وعشر، أو الأمة بعد شهرين وخمس ليال ، فتحل حينئذ .

قال أشهب : وإن كانت الحرة أنها تحيض فى أكثر من أربعة أشهر وعشر ، أو الأمة في أكثر من ثلاثة أشهر ، فإنهما يحلان بهذه الشهور،وإن قرب وقت حيضتها، إلا أن ترتاب بحس البطن قال الشيخ : وهذا كله قد قاله مالك فى «المختصر » ، وفى باب عدة المستحاضة من معانى هذا الباب ، وفيه عدة المستحاضة فى الوفاة.

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم :وتعتد امرأة الخصى فى الطلاق .

قال أشهب : لأنه يصيب ببقية ذكره ويتحاصنان بذلك .

قال ابن القاسم : وأما المجبوب إن كان لا يمس امرأته فلا عدة عليها من طلاقه.

قال ابن أبى زمنين : إذا كان ممسوح العسيب والخصى ، فلا عدة عليها من طلاقه ، وهى [ق/ ١٤١ / ٣ أ] داخلة فى الآية **﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾**(١) ، وإن جاءت بولد لم يلحق به وحدت .

وإذا بقيت منه أنثياه أو اليسرى ،وبقى معه من عسيبه بعضه ، فالولد لحق به ،

---

(١) سورة الأحزاب: (٤٩).

إلا أن ينفيه بلعان ، وعليها العدة ، وكذلك فسره عبد الملك .

ومن « المدونة » : **قال مالك** : ومن دخل بزوجته وهى صغيرة لا يوطأ مثلها ، فلا عدة عليها من طلاقه ، وإذا دخل الصبى بزوجته ، ثم بارا عنه أب أو وصى ، فلا عدة على امرأته ، وقد تقدم هذا .

في مقام المعتدة فى بيتها وانتقالها إلى غيره :

قال الله سبحانه : ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ﴾(١) ، يقول عز وجل فى العدة .

وقوله : ﴿إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾(٢) ، قال وكيع : هو أن تبدو وعلى أهل الزوج .

وقال غيره : ذلك أن ترتكب فاحشة أو حدًا تخرج إليه .

وقال آخرون : خروجها هى تلك الفاحشة .

وقال الرسول عليه الصلاة السلام للفريعة بنت مالك ذلك حين قتل زوجها : «**امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله** » .

وقضى به عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وكان ابن عمر وعائشة -رضى الله عنهما - يشددان فى ذلك وينهيان أن تخرج أو تبيت معتدة فى غير بيتها إلا لعذر ، وقد أمر الرسول ﷺ فاطمة بنت قيس حين قتل زوجها أن تنتقل إلى بيت ابن أم مكتوم ، وقالت عائشة - رضى الله عنها - : وكانت فاطمة تبيت فى مكان وحش يخاف عليها فيه ، فلذلك أرخص لها رسول الله ﷺ أن تنتقل ، وقد انتقلت عائشة بأختها أم كلثوم حين قتل زوجها طلحة من المدينة إلى مكة خوفًا عليها من فتنة المدينة بعد قتل عثمان - رضى الله عنهم أجمعين - .

قال مالك : فتعتد المرأة فى الطلاق والوفاة فى بيتها ، ولا تنتقل منه إلا لضرر لاقرار معه من خوف سقوطه ، أو خوف لصوص بقرية لا مسلمين فيها ونحوه ، وإن كانت فى مدينة .

فلا تنتقل لضرر جوار ، ولترفع ذلك إلى الإمام ، وإذا انتقلت لعذر إلى منزل

---

(١)سورة الطلاق: (١).

(٢) سورة الطلاق : (١).

ثان، أو ثالث لزمها المقام حيث انتقلت حتى تنقضى عدتها ، والكراء فى ذلك كله للمطلقة على الزوج .

وإن انتقلت لغير عذر ردها الإمام بالقضاء إلى بيتها حتى تتم عدتها ، ولا كراء لها فيما أقامت فى غيره .

وذكر لنا عن أبى بكر بن عبد الرحمن : إنما قال : لا كراء لها فيما أقامت فى غيره ، وفرق بينها وبين إذا هربت من زوجها ، أن لها النفقة ؛ لأن السكنى حق لها فتركته وسكنت فى موضع آخر ، فأما التى هربت من زوجها فقد كان له أن يرفعها إلى الحاكم فيردها إلى بيتها ، فحكم النفقة قائم عليه ، ولو كان لا يعلم أين هربت أو تعذر عليه رفعها ونحو هذا من الأعذار ، فلا شيء عليه من النفقة .

م : وقد تقدم الاختلاف فى النفقة على الناشز ، فأغنى عن إعادته ولرب الدار إخراجها منها فى عدتها إذا انقضى أجل الكراء .

وإذا انهدم المسكن فدعت المرأة إلى سكنى موضع ، ودعا الزوج إلى غيره ، فذلك لها ، إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء أو سكنى فتمنع .

م : يعنى بقوله : أو سكنى ، مثل أن يسكن بموضع يبعد منه ، أو بموضع فيه قوم سوء ونحو ذلك ؛ لأن له التحفظ لنسبه فى مثل هذا ، ولو أسقطت عنه الكراء سكنت حيث شاءت .

يريد : حيث يعرف أنها معتدة ، وموضع لا يخفى عنه خبرها لاحتفاظه على نسبه .

وإذا هلك الأمير عن امرأة أو طلقها وهى فى دار الإمارة ، فلا يخرجها الأمير القادم [ق/ ١٣٤ / ٣ ب] من دارها حتى تنقضى عدتها ، ودار الإمارة وغيرها فى هذا سواء ، وكذلك قال مالك فيمن حبست عليه دار ، وعلى آخر بعده ، فهلك الأول وترك زوجته : أنه لا يخرجها من صارت إليه الدار حتى تتم عدتها .

ابن المواز : ولو تأخرت حتى تنقضى الريبة ولو إلى خمس سنين ؛ لأن العدة من أسباب أمر الميت ، وهذا بخلاف سنين معلومة ، ويسكنها إياها ، فإذا انقضت قبل تمام عدتها فلرب الدار إخراجها .

ومن « المدونة »: قال ابن القاسم : ومن بنى بزوجته الصغيرة ومثلها يجامع، ثم

طلقها ، أو مات عنها ،فليس لأبويها أن ينقلاها إليهما فى العدة ، ولتعتد حيث كانت تسكن يوم مات الزوج أو طلق .

ولو خرج أبواها إلى الحج أو لسكنى بلد آخر ، فلا يخرجاها حتى تتم العدة ، إلا البدوية فإن مالكًا قال فيها وحدها : أنها تنتوى مع أهلها حيث انتووا لا حيث انتوى أهل الزوج ، وتتم هناك بقية العدة ، وقاله عروة بن الزبير وربيعة بن عبد الرحمن .

وقال يحيى بن عمرو : يريد بالبدوية أنهم أهل الخصوص .

قال ابن وهب : قال مالك : وإن كانت فى قرار فانتوى أهلها لم تنتو معهم ، وإن تبدا زوجها فمات ، فإنها ترجع، ولا تقيم تعتد فى البادية .

قال ابن القاسم : وتعتد الأمة فى الموت والطلاق حيث كانت تبيت ، فإذا انتجع سيدها إلى بلد آخر كان له أن يخرجها معه ، فتتم بقية عدتها فى الموضع الذى انتقل إليه كالبدوية .

قال حمديس : هذا خلاف ما روى عن مالك فى أول الكتاب ، أنه لا يجوز بيعها إلا ممن لا يخرجها فى العدة ، وإذا لم يجز ذلك لمشتريها فلبائعها أولى .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : فإن كانت الأمة منقطعة إلى زوجها وليست ممن تأتيه من الليل إلى الليل ، فانتقل أهلها فلا تنتقل معهم حتى تتم عدتها .

ومن « المدونة » : وتجبر الذمية فى العدة من مسلم على العدة في بيتها ، ولا تنتقل منه حتى تنقضى عدتها ، وهى فى كل شيء من أمرها فى العدة والإحداد مثل الحرة المسلمة ، ولا تبيت معتدة من وفاة أو طلاق ، بائن أو غير بائن، إلا فى بيتها الذى كانت تسكنه ، ولها التصرف نهارًا ، والخروج سحرًا قرب الفجر وترجع ما بينها وبين العشاء الآخرة ، وقاله ابن عمر .

وقال : إنها تخرج إلى المسجد ، لأكثر مؤنها ، ولا تبيت إلا في بيتها ، وقال الرسول عليه الصلاة والسلام للمعتدات المتجاورات فى دار : « **تحدثن عند إحداكن ما بدا لكن ، فإذا أردتن النوم فلتأت كل امرأة إلى بيتها** ».

ابن المواز : يعنى - والله أعلم - أن يقمن إلى وقت ينام الناس .

ومن « المدونة » : قال مالك : والمطلقة واحدة أو اثنتين لا إذن لزوجها فى خروجها من بيتها حتى يراجعها .

قال ابن القاسم : ولا يسافر بها حتى يراجعها .

قال [ق/ ١٤٢ / ٣ أ] مالك : ولا تحج فى عدتها من وفاة أو طلاق حجة الفريضة حتى تتم عدتها ، وتبيت المعتدة فى دارها حيث كانت تبيت قبل ذلك في مشتاها ومصيفها ولو كان فى الدار بيوت فى إحداها متاعها وسكناها فلتعتد فيه وتبيت من بيتها هذا واسطوانها وساحة حجرتها حيث شاءت ،وإن كان فى الدار مقاصير فلا تبيت إلا فى مقصورتها .

قال مالك : وإذا كانت المطلقة ثلاثًا أو واحدة ليس لها ولا لزوجها إلا بيت واحد يكونان فيه ، فليخرج عنها ولا يقيم معها فى حجرة .

قال : ولا بأس أن تنتقل فى أحد البيوت الجامعة يكون هو فى بيت وهى فى بيت ، ولا يدخل عليها فيما فيه الرجعة حتى يراجعها ، وإذا خرجت امرأة مع زوجها فى زيارة أو إلى الحصاد أو إلى السواحل والرباط لإقامة الأشهر والرجوع أو إلى حاجة من قبض دين أو نحوه ، ولا يريد انتقالاً ، فمات زوجها في الطريق ، فلترجع إلى بيتها تعتد فيه ، قربت أو بعدت ، أو قد وصلت ، ولا ترجع إذا بعدت إلا مع ثقة ، وإلا قعدت حتى تجد ثقة ،وإن خرج بها على رفض سكنى لموضعه اعتدت بموضع نقلها إليه ، وإن مات فى الطريق وهى أقرب إلى الموضع الأول أو الثانى فلها المصير إلى أيهما شاءت إن كان قريبًا ، وإن كان بعيدًا فلا تمض إلا مع ثقة ، ولها المقام بموضع موته تعدل إلى حيث شاءت فتتم هناك عدتها ؛ لأنه مات ولا قرار لها لرفض قراره ، ولم تصل بعد إلى قرار ، وكذلك هذا في الطلاق [ق/ ١٣٥ / ٣ب] البائن وغيره ، وهى كمعتدة أخرجها أهل الدار فلها أن تعتد حيث أحبت ،أو بمنزلة رجل خرج من منزل كان فيه بكراء ، فنقل المرأة إلى أهلها فتكارى منزلاً يسكنه ، فلم يسكنه حتى مات ، فلها أن تعتد حيث شاءت .

وإذا مات زوجها فى مخرجها إلى الحج ، وقد سارت اليومين والثلاثة وما قرب، وهى تجد ثقة ترجع معه ، فلترجع ، وترجع من ملل وذى الحليفة إلى المدينة، وقد ردهن عمر رضى الله عنه من البيداء ، ولا يفسخ كراء كريها ، ولتكر الإبل فى

مثل ما أكريت ، ولو أبعدت كإفريقية من الأندلس ،و المدينة من مصر نفذت ، وقاله ابن عمر .

ابن المواز : بخلاف غير الحج ، فإنها تـرجع فيه ، وإن بعدت إن وجدت ثقة ، وكان يبقى لها بعد الرجوع بقية .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وكذلك فى خروجها لحج غير الفريضة ترجع ، وإن بعدت ، كخروج إلى الرباط ونحوه وإنما لا ترجع إذا أبعدت فى حجة الفريضة، وذكر عن أبى عمران فى الذى يسافر بزوجته ، ثم طلقـها فليزمها الرجوع إلى بيتها، قال: عليه الكراء فى رجـوعها ؛ لأنها إنما رجعت من أجله ، وحـبست له ، فذلك بمنزلة ما يجب لها من السكنى عليه .

ومن « المدونة » : قال : وأمـا إذا أحرمت ، فلتنـفذ قربت أو بـعدت ، ثم إن رجعت في بقية العدة [أتمتها] فى بيتـها ، وكل من أمرتها بالرجوع إلى بيتها فكانت لا تصل حتى تنقـضى عدتها فلا ترجع ، ولتـقم بموضعها أو حـيث شاءت ، إلا أن تعلم فى التقدير أنها يبقى من عدتها بقية بعد وصولها فلترجع ، وكذلك هذا كله فى الطلاق البائن وغيره .

في سكنى المعتـدات ونفقة المطلقـات :وأوجب الله سبحانه الـسكنى لكل مطلقة بقوله عز وجل : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[1] ، وقوله عز وجل : ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [2]، ولأن السكنى لحرمـة النسب ولوجوب حـفظه ، فلا تزول بالبـينونة ، كـمـا قـال ابن أبى ليلى ، وتفـارق النفـقـة ؛ لأنهـا عـوض من الاستمتاع، وقد قال رسول الله ﷺ فى المبتوتة : « لا نفقة لها » ، فأما ذوات الحمل فلهن النفـقة كان الطـلاق ثلاثًا أو واحدة ، لقولـه عز وجل : ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[3] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك فى المبتوتة : إذا أنفق عليـها بغير قضية ، وقد ادعت الحـمل ثم بطل الحـمل ، لم يرجع عليـها إذا أنفق عليـهـا بدعواها أو بقـول

(١) الطلاق (١).
(٢-٣) الطلاق (٦) .

القوابل، وإن أنفق بقضية رجع عليها .

م : لأنه انكشف أن ما قضى به غير حق .

وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاء فله أن يرجع ، ورواه عن مالك .

قال فى كتاب النكاح : وإن أنفق بحكم لم يرجع بشىء عليها .

قال محمد : وأحب إليَّ أن يرجع عليها فى الوجهين إن تبين ذلك ، بإقرار منها أو بغير إقرار .

قال مالك : والغائب إذا طلق ثم أنفقت من ماله لم يرجع عليها بشىء بخلاف الموت؛ لأن الحى فرط ، ولو قدم عليها رجل واحد وشهد بطلاقه فأعلمها ، أو رجل وامرأتان ، فليس ذلك بشىء حتى يشهد عندها من يحكم به السلطان فى الطلاق .

وفى « منتخب الأحكام » لابن القاسم سماع يحيى قال فى المطلقة المبتوتة : وهى حامل تطلب الكسوة : إنها إن كانت فى أول الحمل فذلك لها ، وإن كان لم يبق من أجل الحمل إلا ثلاثة أشهر أو نحوها ، قوِّم ما كان يصير لها لتلك الشهور من الكسوة لو اكتست فى أول الحمل ثم أعطيت تلك القيمة دراهم .

ومن « المدونة » : قال مالك : وكل مطلقة لها السكنى ، وكل بائنة بطلاق أو ببتات أو بخلع أو بمباراة أو بلعان ونحوه فلها السكنى ، ولا نفقة لها ولا كسوة إلا في الحمل البين ، فذلك لها ما أقامت حاملاً ، إلا الملاعنة فإنها لا نفقة لها فى حملها ك لأن ما فى بطنها لا يلحق بالزوج .

قال عيسى فى كتاب ابن مزين : وإذا بلغ الإمام من معتدة أنها تبيت فى غير بيتها فى عدتها ، فليعلمها بما جاء فى ذلك ويأمرها بالكف عن ذلك ، فإن أبت إلا ذلك أدبها على ذلك وأجبرها عليه .

قال أبو بكر الأبهرى : وإذا توفى عنها زوجها فى دار فيها بيوت كثيرة فلا تصيف إلا حيث كانت تصيف قبل موته ، هذا هو الاختيار ، فإن خرجت من بيت إلى بيت أو إلى قاعة الدار ، فلا بأس بذلك إذا كانت الدار غير مشتركة [ق/١٣٦ /٣ ب] فأما المشتركة المسكونة فلا يجوز لها أن تبيت في غير بيتها .

ابن المواز : قال مالك : والكسوة : الدرع والخمار والإزار ، وليس الجبة عندنا من الكسوة .

قال ابن القاسم : ونحن نقضى هاهنا بالجبة ، وكذلك فى « العتبية » .

قال فيها يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى المبتوتة الحامل تطلب الكسوة ، فإن طلقها فى أول الحمل فذلك لها ، وإن كان فى آخره وقد بقى منه شهران أو ثلاثة قوِّم لها ما يصير لتلك الأشهر من الكسوة لو اكتست من أول الحمل ، فتعطاه دراهم.

قال مالك : وإذا طلق امرأته وهى حامل مرضع ، فعليه نفقة الحمل ونفقة الرضاع جميعًا ، وكذلك فى كتاب ابن المواز .

ومن « المدونة » : وكل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضى عدتها ، كانت حاملاً أو غير حامل .

م : لثبوت أحكام الزوجية عليها ، وكذلك امرأة المولى إذا فرق بينهما ؛ لأن فرقة الإمام فيها غير بائنة ، وهما يتوارثان ما لم تنقض العدة .

قال : [ق / ١٤٣ / ٣ أ] وتجب السكنى فى فسخ النكاح الفاسد وذات محرمٍ بقرابة أو رضاع ، كانت حاملاً أم لا ؛ لأنه نكاح يلحق فيه الولد وتعتد فيه حيث كانت تسكن ، ولا نفقة عليه ولا كسوة إلا أن تكون حاملاً فذلك عليه . قال: وللكتابية الحرة على الزوج المسلم من السكنى والنفقة إذا طلقها ما للمسلمة .

قلت : فمن دخل بصبية يجامع مثلها فجامعها أو لم يجامعها ،فطلقها ألبتة هل لها السكنى ؟

فقال : إذا لزمت الجارية العدة لمكان الخلوة بها فلها السكنى .

قال مالك : وإن خلا بها في بيت أهلها فطلقها ، ثم قال : لم أطأ فصدقته أو كذبته ، فالقول قوله فى طرح السكنى ، كما أقبله فى طرح نصف الصداق ، وعليها العدة لهذه الخلوة ، وإنما تلزم الزوج السكنى إذا لزمه الصداق كاملاً ، بحيث يجب جميع الصداق تجب السكنى ، إلا أنه إن لم يعلم له بها خلوة ، فلا عدة عليها فى طلاق ، وإن ادعى المسيس .

قال : وإن دخل بها وهى لا يجامع مثلها لصغر ، فلا عدة عليها ولا سكنى لها في الطلاق ، وليس لها إلا نصف الصداق ، وعليها فى الوفاة العدة ولها السكنى إن كان ضمها إليه والمنزله له . أو قد نقد كراءه ، وإن لم يكن نقلها فلتعتد عند أهلها .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : فإن كان لها إنما أخذها ليكفلها ثم مات ، لم

يكن لها سكنى ، وأظن ابن المواز ذكره وهو بين فاعلمه .

وكذلك الكبيرة يموت عندها زوجها قبل البناء وهى فى مسكنها فلتعتد فيه ، ولا سكنى لها عليه ، إلا أن يكون أسكنها دارًا ، أو اكتراها ونقد الكراء ، فتكون أحق بذلك المسكن حتى تنقضى عدتها .

ومن « المدونة » : إذا عتقت الأمة تحت عبد فاختارت نفسها ، أو لم تعتق فطلقها طلاقًا بائنًا ، فإن كانت بوئت مع زوجها بيتًا ، فلها السكنى عليه ما دامت فى عدتها ، وإن لم تبوأ معه فلتعتد عند سيدها .

وكذلك إن أخرجها سيدها في العدة فسكنت فى موضع آخر ،فلا شىء على زوجها إذا لم تكن تبيت عنده ، ويجبر سيدها على ردها حتى تنقضى عدتها ، إلا أن ينقلها من البلد .وإن باعها بشرط أن لا يخرجها حتى تنقضى عدتها .

وقال حمديس : وإذا انتجع سيدها إلى بلد آخر ، كان له أن يخرجها معه كالبدوية ، وهذا خلاف ما روى عن مالك : أنه لا يجوز بيعها إلا لمن يخرجها فى العدة ، وإذا لم يجز ذلك لمشتريها فبائعها أولى .

م : وهذا لا يلزم ابن القاسم ؛ لأن بائعها لا يخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج بها ، وليس هو مضطرًا فى بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لا يخرجها ؛ لأن المشترين كثير ، ولو اضطر المشترى بعد شرائها إلى الخروج لأمر حدث غير مختار لذلك ، لرأيت له أن يخرج بها معه كسيدها ، والله أعلم .

قال أبو عمران فى الأمة إذا بوئت مع زوجها بيتا : فليس لأهلها أن ينقلوها ، وهو لمحمد .

قال : ولم يذكر فيه اختلافًا ، وأشار إلى أنه ليس بخلاف لما فى « المدونة » .

ومن « المدونة » : قلت : فلو انهدم السكن [ق/ ١٣٧ / ٣ ب] فتحولت إلى موضع آخر بكراء ، أو أعتق العبد فى العدة ، هل عليه شىء من السكنى ؟

قال : لا سكنى عليه إذا لم تبوأ معه بيتًا ، وإنما يلزم الزوج ما كان يلزمه حين

طلقها ، فما حدث بعد ذلك لم يلزم الزوج منه شيء .

قال الشيخ : فإن قيل : هلا جعل عليه السكنى إذا عتق كما قال فى نفقة الحمل إذا عتق ثم عتقت الأمة ، أو كانت حرة أنه ينفق من يومئذ .

وقد ذكر عن ابن الكاتب أنه قال : عليه السكنى من يوم عتق .

م : يحتمل عندى إنما لم يكن عليه السكنى لحق السيد فى كونها عنده ، ولو عتقا جميعًا لكان عليه السكنى لزوال حق السيد ، وكما تلزمه النفقة فى الحمل إذا عتقا ، والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال : وليس للأمة الحامل نفقة على زوجها إذا طلقها ألبتة ، إذ الولد رق لغيره ، كان الزوج حرًا أو عبدًا .

وكذلك حرة طلقها عبد ألبتة وهى حامل ، فلا نفقة لها إلا أن يعتق العبد قبل وضعها ، فينفق على الحرة من يومئذ ، وإن كانت أمة فلا ، إلا أن تعتق هى أيضًا بعد عتقه ، فينفق عليها فى حملها ؛ لأن الولد ولده .

فصل

قال :وليس للمتوفى عنها زوجها نفقة فى عدتها ، وإن كانت حاملاً ، ولها السكنى فى العدة إن كانت الدار للميت أو بكراء ، وقد نقده .

وقال أبو حنيفة : لا سكنى للمتوفى عنها زوجها .

ودليلنا قوله ﷺ للفريعة حين قتل زوجها : « امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » ؛ ولأن ذلك يتعلق بحق الله عز وجل ، وحق الميت ، وحق النسب ، فأشبه الكفن.

ومن « المدونة » : قال مالك : وهى أحق بسكنى دار الميت من غرمائه ، وتباع للغرماء ، وتشترط سكناها على المشترى .

قال ابن المواز : قال مالك : فإن ارتابت فهى أحق بالمقام حتى تنقضى الريبة وتحل وأحب إلينا أن يرجع المشترى على البائع ، فإن شاء فسخ بيعه وأخذ الثمن ، وإن شاء تمسك بغير شيء يرجع به ؛ لأن البيع إنما وقع على استثناء العدة المعروفة أربعة أشهر وعشرًا ، ولو وقع بشرط زوال الريبة كان فاسدًا .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى « العتبية » : أنه لا حجة للمبتاع .

قال سحنون : ولو تمادت الريبة إلى خمس سنين فلا حجة للمبتاع ؛ لأنه قد علم أن أقصى العدة خمس سنين ، فكأنه دخل على علم .

ولابن عبد الحكم : أن بيع الدار وشرط سكنى المرأة فى عدتها غرر لا يجوز عنده، لجواز أن تستريب المرأة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وهي أحق من الغرماء بما نقد كراءه ، وإن كانت الدار بكراء ، ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر ، فلا سكنى لها في ماله ، وتؤدى الكراء من مالها ، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار ، ويطلب من الكراء ما لا يشبه.

م : يريد : إذا كان مدة كراء الميت قد انقضت .

وقال بعض القرويين : معنى هذه المسألة : أنه اكرى كل سنة بكذا .

ودليله قوله : إذا لم ينقد الكراء ، فتغرم المرأة الكراء إلا أن يطلب منها صاحب المسكن ما لا يشبه ، فشرطه إلا أن يطلب ما لا يشبه يدل على ما قلناه أنه لم يكر سنة بعينها، ولذلك فرق بين أن ينقد وبين ألا ينقد ، ولو كانت سنة بعينها فلا وجه للتفريق بين ذلك ؛ لأن عقد الكراء قد لزم ووجب على الميت فى تركته ، وهذا التأويل خلاف النص .

وذكر غيره من القرويين : أن أبا قرة روى عن مالك أنه فرق بين أن يكرى فى السنة بكذا أو يكرى سنة بعينها فهذا يؤيد ما تقدم أنه إنما يراعى النقد إذا لم ينقد على سنة بعينها ؛ لأنه إذا نقد صارت كالمعينة ، وإذا لم ينقد فالكراء غير منعقد ؛ لأن لما شاء الفسخ فسخ ، وأما إذا عقد سنة بعينها فسواء نقد أم لا ؛ لأن الكراء منعقد بينهما ، وقد لزم ذلك ذمته [ق/ ١٣٨ / ٣ ب] وهذا خلاف ما فى كتاب ابن المواز وغيره من أنه أكرى سنة بعينها لا تكون المرأة أحق بها ، إلا أن يكون الميت قد نقد الكراء ، وهذا التأويل خلاف النص .

وقد قال مالك في كتاب ابن المواز : إذا اكتراها مدة فمات وبقى من المدة بقية ولم ينقد الكراء ، فالكراء لازم للميت فى ماله ، ولا تكون الزوجة [ق/ ١٤٤ / ٣أ] أحق بذلك ثم تحاص الورثة فى ذلك ، فللورثة إخراجها إلا أن تحب أن تسكن

في حصتها وتؤدى كراء حصتهم .

م : يريد : برضاهم .

وإن نقد بعض الكراء سكنت في حصة ما نقد بأسره ، وكان الحكم فيما لم ينقد كما ذكرنا ، وإن شاء الورثة أن يكروا منها لزمها المقام ، وإن شاؤا إخراجها ، فذلك لهم ، وكذلك صاحب الدار بعد المدة ، فهذا يدل على خلاف التأويل المتقدم.

وذكر عن أبى عمران أنه إذا أكرى الرجل منزلاً ونقد كراءه قبل أن ينتقل إليه ، ثم مات قبل أن ينتقل إليه ، فليس للمرأة أن تنتقل إليه ، وتعتد فى الموضع الذى هي فيه .

ومن « المدونة » : قال مالك : فإن أخرجت أقامت بموضع تنتقل إليه لا تخرج منه، ولا تبيت إلا فيه حتى تنقضى عدتها .

وكذلك إن أخرجت من المسكن الثانى فاكترت ثالثًا ، ففيه تعتد وتبيت .

قال ابن القاسم : وأما إن طلقها زوجها طلاقًا بائنًا ، فلزمه السكنى ثم مات في العدة ، فقد وجب لها السكنى فى مال الزوج قبل الوفاة دينًا ، فلا يسقطه موته ، بخلاف المتوفى عنها لو لم يطلقها .

وكذلك بلغنى عن مالك .

وقد روى ابن نافع عن مالك أنهما سواء إذا طلق ثم مات أو مات ولم يطلق .

قال سحنون : وهذا أعدل .

قال يحيى بن عمر : كما تنقطع النفقة بموته عن الحامل .

م : وفى سماع ابن القاسم عن مالك : إن الحامل إذا اختلعت من زوجها أو طلقها طلاقًا بائنًا فلزمته نفقتها ، ثم مات قبل أن تضع ، إن النفقة تسقط عنه بموته، وقد مضى في إرخاء الستور عن ابن نافع عن مالك : أن الحامل إذا اختلعت من زوجها مثل هذا ،فيلزم ابن القاسم عند أهل النظر أن يقول في السكنى أنها تنقطع عنها كما تنقطع النفقة .

قال بعض فقهائنا : لا يلزم ابن القاسم هذا ؛ لأن النفقة إنما سقطت بموته ؛ لأنها بسبب الحمل ، وقد صار الحمل الآن وارثًا ، فلذلك وجب سقوطها .

وأما السكنى فهى للمرأة ، وقد وجبت لها عليه فى صحته ، فلزمته كدين لها ، فلا يسقط ذلك موته ، والله عز وجل أعلم .

م : لأن السكنى لا تسقط فى الموت ولا في الطلاق البائن إن كان المسكن له أو نقد كراءه وتسقط فى ذلك النفقة ، فدل أن السكنى أقوى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو طلقها وهو فى بيت بكراء ، فأفلس قبل انقضاء العدة ، فلرب الدار إخراجها ؛ لأنه أحق بمسكنه .

قال مالك : وقال ابن المسيب : الكراء على الزوج ، فإن لم يكن عنده فعليها ، وإن لم يكن عندها فعلى الأمير .

قال ابن القاسم : وإذا كانت المرأة في مسكن بكراء اكترته فطلقها زوجها ، فلم تطلب الزوج بالكراء إلا بعد العدة ، فذلك لها .

وكذلك إن كان زوجها لم يفارقها فطلبت منه كراء المسكن الذى اكترته بعد تمام السكن ، فذلك لها إن كان موسرًا حين سكنت ، وإن كان عديمًا فلا شيء عليه .

قال ابن أبي زمنين : معنى هذه المسألة عندى: أنها إنما اكترت المسكن بعد ما تزوجها ، فأما إن تزوجها وهى فى بيت بكراء ، فقد قال فى كتاب كراء الدور والأرضين : لا كراء على الزوج إلا أن تكون بينت له أنها إنما تسكن [ق/ ١٤١ / ٣ ب] بكراء ، وإن لم يكن هذا معناه لا تناقض من القول ، والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا سكنى على معدم فى عدة، ولا نفقة فى حمل ، إلا أن يوسر فى حملها فتأخذه بنفقة ما بقى ، وكذلك السكنى .

وإن وضعت قبل يسره ، فلا نفقة لها فى شيء من حملها ، ولأم الولد السكنى في الحيضة إن مات السيد أو أعتقها ، ولا نفقة لها ، وكل شيء تحبس عليه فيه من عدة أو استبراء ، فلها فيه السكنى .

قال مالك : وإن كانت حاملاً حين أعتقها ، فلها النفقة مع السكنى .

قال غيره : إذا كانت حاملاً فى الوفاة ، فلها السكنى ولا نفقة لها .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن لم تكن حاملاً ، فلا سكنى لها ، ورآها لها أشهب استحسانًا من غير إيجاب .

قال ابن القاسم : وإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى إن أعتقها ،ولها أن تبيت في غير بيتها ، مات سيدها أو أعتقها .

وقال أصبغ مثل قول أشهب وأشد ، ويرى ذلك لـها ، وعليها ولو كانت حاملاً في الوفاة فلها السكنى ، ولا نفقة لها .

ومن « المدونة » :قال مالك : وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى ما دامت حاملاً.

قال أبو بكر بن اللباد : ليس لها السكنى ، وإن لم تتب تسجن حتى تضع .

قال مالك : فإن لم تكن حـاملاً لم تؤجر واسـتتيـبت ، ولا نفقـة لها في هذه الاستتـابة ؛ لأنها قد بانت منه ، فإما أن تقـتل أو ترجع إلى الإسلام ، فيكون ذلك طلقة بائنة ، ويكون لها السكنى .

وذكر البـاجى أن على بن زياد قال : إذا ارتـدت المرأة رغبة فى فـسخ النكاح ، وعلم ذلك منها ، إن ذلك لا يفسخ النكاح ، وتبقى زوجة له على حالها .

ومن « المدونة » : قال مالك: والمعترض عن امرأته إذا فرق بينهما عند الأجل ، فلها عليه السكنى فى عدتها .

والمجوسيان إذا أسلم الزوج فوقعت الفرقة بينهما وقد بنى بها ، فلها السكنى .

ومن كتاب ابن المواز : وقيل : إن أسلم أحد الزوجين المجوسيين فلا نفقة لها ، ولها السكنى .

قال أصبغ : وإن أسلمت ذمية تحت ذمى ، فلها النفـقة ؛ لأن إسلامه في العدة كالرجعة .

قال ابن المواز : ولا نفقة لها كالمجوسـية تسلم تحت مجوسى ؛ لأنه لا رجعة له حتى يسلم ،وهذا الصواب عندنا .

ومن « المدونة » : قـال مالك : وللمسـتحاضـة السكنى في عدتهـا ولا ينقطع ما وجب لها من السكنى كمطلقـة ، أو متوفى عنها زوجها وبها ريـبة حتى تزول عنها الريبة.

جامع مسائل مختلفة من الاستبراء وأمهات الأولاد

قال مالك : ومن كانت له أمة يطؤها ولم تلد منه ، فمات عنها أو باعها ، فاستبراؤها حيضة .

وإن كانت مستبرأة قبل ذلك ؛ لأنها خرجت من ملك إلى ملك .

وأما إن أعتقها فإنها تستبرأ بحيضة ، إلا أن يكون السيد استبرأها قبل ذلك فيجزئها ذلك .

م : لأنها خرجت من ملك إلى حرية ، وتنكح مكانها إن أحبت ، ويحل للزوج وطؤها حينئذ كما لو زوجها السيد وهى ملكه حل للزوج وطؤها مكانه ، ويجزئها استبراء السيد ، ولا يجوز للسيد تزويجها حتى يستبرئها .

قال : ولو أعتق أم ولد بعد الاستبراء أو مات عنها ، لم يجزها حتى تستأنف حيضة بعد عتقها ، بخلاف الأمة .

وإن اشترى المكاتب زوجته بعد البناء فلم يطأها حتى مات أو عجز فرجعت إلى السيد فعدتها حيضة .

قال مالك : ثم رجع فقال : أحب إليَّ أن تكون حيضتين ، وبهذا أخذ ابن القاسم ، أن السيد لا يطؤها إلا بعد حيضتين [ق/ ١٤٢ / ٣ ب] من يوم الشراء .

ولو وطئها المكاتب بعد الشراء انفسخت العدة وحلت بحيضة الاستبراء .

ولو مات المكاتب [ق/ ١٤٥ / ٣ أ] أو عجز بعد ما مضى لها عنده حيضتان من يوم الشراء ، فصارت الأمة لسيدها لم ينبغ لسيده أن يطأها حتى تحيض حيضة ، وإن كان المكاتب قد قال : لم أطأها بعدهما ، وإن هي خرجت حرة بعد حيضتين لم يكن للسيد وطؤها ونكحت مكانها ولا استبراء عليها ؛ لأنها خرجت من ملك إلى حرية .

قال مالك : ومن اشترى زوجته قبل البناء وطئها بملك يمينه ، ولا استبراء .

قال مالك : وإذا اشترى المأذون له فى التجارة أمة بإذن سيده أو بغير إذنه ، فوطئها ثم عتق وقد ولدت منه أولادًا أو هى حامل منه فهى تبع له بكماله ، ولا تكون له أم ولد بما ولدت قبل عتقه ، ولا بما كانت به حاملاً حين عتق ؛ لأن ذلك

الولد رق للسيد .

قال ابن القاسم : إلا أن يملك المأذون حملهـا قبل أن تضعه بهبـة ، فتكون به أم ولد .

قال مالك : ولو أن العبد حين أعتقه سيده أعتق هو جارية وهي حامل منه ، لم أعجل لها ذلك ، وكانت حدودها حدود أمة حتى تضع ، فيرق الولد للسيد الأعلى، وتعتق هي بالعتق الأول بغير إحداث عتق .

وسأل ابن كنانة مالكًا على مدبر اشترى أمة فوطئها ، فحملت ، ثم عجل السيد عتقه ، هل يتبعه ولده كماله ؟

فقـال : لا ، ولكن إذا وضعـته كان مـدبرًا على حال مـا كان عليـه الأب قبل العتق، والجارية تبع للعبد ، لأنها ماله .

قال ابن القاسم : واختلف قول مالك هل تكون بهذا الولد أم ولد أم لا ؟

وقد تقـدم جميع مسـألة المأذون له إلى آخر الكتاب في أمـهات الأولاد ،وهناك زيادة شرح فيها ، فاعلمه .

تم كتـاب طلاق السنة والعـدة بحمـد الله وحسن عـونه ، وصلى الله على سيـدنا محمد وعلى آله وأصحابه وسلم تسليمًا كثيراً إلى يوم الدين .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيراً

كتاب الأيمان بالطلاق

فيمن أخبر بطلاق زوجته ، أو قال لها : أنت طالق إن فعلت كذا أو شئت وتكرير الطلاق واليمين به

قال رسول الله ﷺ : « **إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ،فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت ، فمن عصى الله وحلف بالطلاق فحنث لزمه كمن طلق** » ، وقد قال الله سبحانه : ﴿ **لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا** ﴾[(1)]، وهى الرجعة .

فجعلها ثابتة كغير من أوقع الطلاق الثلاث فى كلمة واحدة ، وألزمه ذلك .

فصل

قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته فقال له رجل : ما صنعت ؟ فقال : هى طالق ؛ فإن نوى إخباره فله نيته .

يريد : ويحلف .

قال الشيخ : وحكى لنا عن بعض شيوخنا أنه قال : إنما يحلف إذا كان قد تقدمت له فيها طلقة ، أو طلق بعد ذلك طلقة ؛ لأنها ثلاث في الظاهر ، وعلى دعواه طلقتان ، فلم يمكن من رجعتها إلا بيمينه ، فإن لم يحلف فلا سبيل له إليها .

فإن طلبته بالنفقة ، لزمته لإقراره أنها على عصمته ، فينفق عليها ما دامت فى العدة إن كان مقيمًا على إقراره ، إلا أن يلتزم الثلاث أو يستأنف طلقة اختيارًا منه فتصير بائنًا لا نفقة لها عليه ، والله أعلم .

وفى كتاب ابن المواز فيمن لقى رجلاً فقال له : اشهد أن امرأتى طالق ، ثم لقى آخر فقال له ذلك ، وقال : أردت بذلك كله طلقة واحدة .

قال مالك : يحلف ويدين ، وهذا بيَّن أن اليمين عليه ، فاعلمه .

(١) سورة الطلاق (١) .

فصل

ومن قال لزوجته : إن دخلت الدار ،أو أكلت ،أو شربت، أو ركبت ، أو قمت أو قعدت أو نحو هذا فأنت طالق ، فـهذه كلها أيمان قال الشيخ : يعنى إن أكلت أو شربت شيئًا بعينـه أو قمت [ق/ ١٤٣ / ٣ ب] أو قعدت إلى وقت كذا ، وأما إن لم يكن هذا فيـعجل عليه الطلاق ، الآن ، إذ لا بد لها من الأكل والشـرب والقيام والقعود .

قال مالك : وإذا قال لها : إذا حضت فأنت طالق ، لزمه الطلاق مكانه .

وإن قال لحامل : إذا وضعت فأنت طالق ، طلقت الآن .

قال أبو محمد : قال مالك : لأنه أجل آت في أكثر النساء .

وقال أشهب : لا تطلق عليه حتى تحيض أو تضع ، واختلف فيه قول مالك .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه لما كان ذلك غالبًا في أكثر النساء حمل أمره على أنه أجل آت لابد منه ؛ لأن ذلك أصلهم ، كمنع المريض من أكثر من ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه الموت .

وكذلك الاستثقال فى النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث .

ووجه قول أشهب : اعتباراً بما يمكن أن يكون أو لا يكون ، كقوله : أنت طالق إذا دخلت الدار ، أو دخلتهـا فلانة ، أو إذا قدم زيـد ونحوه ، فهـذا لا تطلق حتى يكون ذلك .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن قال لامـرأته وهى حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت الآن وجبر على الرجعة .

قال ابن القاسم : وإن قال لهـا : إذا حضت ، أو إذا حاضت فـلانة وفلانة ممن تحيض - فأنت طالق ، طلقت الآن ، وتأخذ فى العدة ، وتعتد بطهرها الذى هى فيه من عدتها .

فإن ارتابت بتأخير الحيض فاعتدت سنة ، ثم نكحها بعد العدة فحاضت عنده ، واليمين فيها ، لم تلزمه بذلك طلقة ثانية ، لأنى عجلت حنثه بذلك

فصل

وإذا قال لها : أنت طالق إذا شئت ، أو إن شئت فذلك بيدها ، وإن افترقا حتى توقف أو توطأ أو يتلذذ منها طائعة ، وكانت إذا عند مالك أشد من إن ، ثم ساوى بينهما ، ولو قبلته قبل القضاء كان تركًا لما جعل لها .

فصل

وإن قال لها : إن كنت تبغضينى فأنت طالق ، فقالت : لا أبغضك ،فلا يجبر على فراقها ، ولكن يؤمر به .

وإن قال لها: إن كنت تحبين فراقى فأنت طالق، فقالت: إنى أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبة ، فليفارقها ولا يقيم عليها .

فصل

وإن قال لها : إن كلمت فلانًا فأنت طالق ، ثم قال لها ذلك ثانية في ذلك الرجل ، فهى إن حنث طلقتان حتى يريد واحدة .

ولو كان ذلك في يمين بالله ، فقال : والله لا أفعل كذا ، ثم قال بعد ذلك : والله لا أفعل كذا - لذلك الشيء بعينه - فحنث ، لم يلزمه إلا كفارة واحدة ، بخلاف الطلاق .

قال ابن القاسم : ألا ترى أنه لو قال : والله والله لا أكلم فلانًا ، فكلمه لم يلزمه إلا كفارة واحدة .

ولو قال لها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن كلمت فلانًا ، فكلمه ، طلقت عليه ثلاثًا إلا أن ينوى واحدة ، ويريد بالبقية إسماعها .

وأما إن قال لها : إن كلمت فلانًا فأنت طالق ، ثم حلف بمثل ذلك في رجل آخر ، فكلمهما، كانت طلقتين، ولا ينوى إلا أن يكون المحلوف عليه [ق/ ١٤٦ / ٣ أ] رجلاً واحداً فينوى كما وصفنا. وبعد هذا باب فيه تكرير الطلاق .

فصل

قال مالك : ومن قال لرجل : امرأتى طالق ، لقد قلت لى كذا وكذا ، فقال

الآخر : امرأته طالق إن كنت قلته، فليدينا ويتركا إن ادعيا يقينًا .

فصل

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن لم أطلقك فأنت طالق ، لزمه مكانه طلقة ، إذ لابد له من الطلاق .

وقال غيره : لا يلزمه الطلاق ، إلا أن ترفعه إلى السلطان ويوقفه .

فصل

ومن قال لرجل : امرأتي طالق لو كنت حاضرًا لشرك مع أخي لفقأت عينك ، فإنه حانث ؛ لأنه حلف على شيء لا يبر فيه ولا في مثله .

ومن « الواضحة » : قال أصبغ فيمن حلف على أمر قد سلف أن لو أدركه لفعل كذا : فهو حانث ، كان مما يمكنه فعله أو لا يمكنه ، مثل أن يحلف لغريمه : لو جئتني أمس لقضيتك حقك ، فهو حانث ؛ لأنه غيب لا يدري أكان فاعلاً أم لا ، وإنما يفترق ما يمكن وما لا يمكن في المستقبل ، فما كان يمكن فعله من قضاء دين أو عطية مال ،أو شق ثوب ، أو ضرب وشبهه ، فلا شيء فيه حتى يفعل أو لا يفعل ، وما كان لا يمكن من شق جوف ، أو فقء عين، أو قتل، أو قطع وشبهه ، فهو حانث مكانه ، وقاله ابن القاسم ، [ق/ ١٤٤ / ٣ ب] وقال ابن الماجشون : سواء حلف على أمر سلف أو أمر مستقبل ، فإن كان يمكن فعله فلا شيء عليه .

وإن كان غير ممكن فهو حانث في الوجهين ، إلا أن تكون له نية في فعل غير ما سمي ، وقاله مالك فيهما ، ألا ترى أن مالكًا قال في الذي حلف بالطلاق في شيء كان بينه وبين رجل لو أدركه البارحة لفعل كذا وكذا من أمه ، وأمه ميتة ، وقال : إنما نويت أن أشجه لو أدركته ، أو أصنع به شيئًا ، وقد علمت وفاة أمه ، فدينه مالك ولم يحنثه .

قال ابن الماجشون : فهذا فيما سلف ، ولو لم تكن له نية فيما قد لفظ به مما لم يمكن فعله لحنثه مالك كما حنث القائل : لو كنت حاضرًا لشرك مع أخي لفقأت عينك.

م : وهذا أشبه بظاهر « المدونة » : ألا ترى قول مالك ، وعلته في المسألة ؛ لأنه حلف على شيء لا يبر فيه ولا في مثله .

فيمن طلق إلى أجل أو وقت، أو حلف به على عيب

ولما أجمعوا على إبطال النكاح إلى أجل ، وعجلوا المؤجل من حل العقدة ، وجب مثله فى الطلاق المؤجل أن يعجل إيقاعه ، وقاله عدد كثير من الصحابة والتابعين ، بخلاف العتق إلى أجل ، إذ قد بقى له فى المملوكة الخدمة ، ولم يكن فى الزوجة غير الاستمتاع الذى حرم عليه .

قال ابن القاسم : فكل من طلق إلى أجل آت لزمه الطلاق مكانه ، وأما من قال لامرأته : إذا قدم فلان ، أو إن قدم فلان فأنت طالق ، فلا يلزمه طلاق حتى يقدم فلان ، وليس هذا من الشك الذى يفرق به ، ولا هو أجل آت على كل حال ، وإنما الشك الذى يفرق به لو قال رجل : امرأته طالق إن كلم فلانًا ، ثم شك فلم يدر كلمه أم لا ، فهذا تطلق عليه ، إذ لعله فى يمينه حانث ، وهو لا يوقن أنه فيها بار ، وكل يمين بالطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو فيها حانث .

وإن قال لها : أنت طالق بعد قدوم فلان بشهر ، طلقت عليه حين قدومه ، ولا ينتظر به الأجل .

وإن قال لها : أنت طالق إذا مت أنا ، أو إذا مت أنت ، لم يلزمه شىء ، إذ لا تطلق ميتة ولا يوصى ميت بطلاق .

وإن قال لها : إن مات فلان فأنت طالق ، أو قال لها : أنت طالق قبل موته بشهر ، لزمه الطلاق فى ذلك كله مكانه .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم : ومن طلق امرأته إلى مائة سنة ، أو إلى مائتى سنة ، فلا شىء عليه ، وأراه من قول مالك .

وقال ابن الماجشون فى « المجموعة » : إذا طلقها إلى وقت لا يبلغانه أو لا يبلغه عمر أحدهما ، لم يلزمه .

قال سحنون : وإذا أعتق عبدًا إلى وقت لا يبلغانه أو لا يبلغه العبد ، لم يلزمه، وإن كان يبلغ مثله العبد ولا يبلغه السيد ، فهى وصية من الثلث .

وإن كان إلى وقت يشبه أن يبلغه عمر أحدهما ، فهو من رأس المال .

وإذا قال : إذا ماتت ابنتك فأنت طالق ، ثم مات مكانه عند تمام كلامه قبل القضاء عليه من غير مرض ، لم يتوارثا ؛ لأن الطلاق وقع عليه عند تمام كلامه ،

وقاله ابن عبد الحكم .

ولو قال : يوم أموت فأنت طالق ، فهو مطلق إلى أجل .

قال الشيخ : إذ قد يموت آخر النهار ، فيقع الطلاق عليها أول النهار .

قال عيسى : وكذلك لو قال : يوم تموتى أنت .

وقال أشهب : لا شىء عليه .

قال أشهب في « المجموعة » : وكذلك قبل موتى بشهر ، وهو أصله فى العتق إلى مثل هذا أنه من الثلث ؛ لأنه لا يكشفه إلا الموت .

ابن المواز : وقال ابن القاسم وابن وهب : وإن قال : إن مت إلى خمسة أشهر فأنت طالق ، فلا شىء عليه ، كأنه قال : إن مت أنا إليها فأنت طالق بعدها .

وإن قال قوله يريد : لا أموت فيها ، طلقت مكانها .

سحنون : وإن قال لها : أنت طالق إذا صليت أنا ، أو إذا صليت أنت ، طلقت عليه الساعة ؛ لأنه أجل آت ، ولابد من الصلاة .

قال محمد بن عبد الحكم فيمن قال : أنت طالق اليوم إن كلمت فلانًا اليوم ، أو: أنت طالق اليوم إن كلمت فلانًا غدًا .

قال : إن كلمه اليوم طلقت عليه واحدة ، وإن كلمه غدًا فلا شىء عليه .

قال أبو محمد : هذا خلاف أصل قول مالك ، والطلاق يلزمه إذا كلمه غدًا ، وليس لتعلق [ق/ ١٤٥ / ٣ ب] الطلاق بالأيام وجه .

ابن حبيب : قال ابن الماجشون : إذا قال لزوجته ولم تحض : إذا حضت فأنت طالق ، طلقت عليه الآن ، ولو كانت قد قعدت عن المحيض لم تطلق عليه إلا أن تحيض .

أبو محمد : ويقول النساء : إنه دم حيض .

ومن « المدونة » : وإن قال لها : أنت طالق كلما حضت ، طلقت عليه الآن ثلاثًا .

وقال سحنون : إذا قال لها ذلك وهى طاهر ، لزمته طلقتان .

ووجه قول سحنون هذا : كأنه قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت الثانية فأنت طالق ، وإذا حضت الثالثة فأنت طالق ، فهى إذا حاضت الثالثة بانت منه ، فكأنه أوقع الثالثة بعد أن بانت منه ، فلا يلزمه ، ونحو هذا التعليل لسحنون .

قال الشيخ : ووجه قول ابن القاسم : كأنه قصد إلى تكثير الطلاق ، كمن قال: أنت طالق مائة مرة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق كلما جاء يوم أو شهر أو سنة ، طلقت عليه الآن ثلاثًا ، ولم تعد عليه اليمين إن نكحها بعد زوج ؛ لأن الملك الذى طلق فيه قد ذهب .

وإن قال لأجنبية : أنت طالق غداً ، فتزوجها قبل غد ، فلا شىء عليه ، إلا أن ينوى إن تزوجتك ، فتطلق عليه إذا تزوجها مكانه .

قال سحنون : بعضها صواب وبعضها خطأ .

م : قال أبو عمران : إنما صواب قوله : كلما جاء يوم ، وأما كلما جاء شهر، أو سنة ، فمذهبه فى ذلك : أن تطلق الساعة طلقة ، ثم ينظر هل تذهب عدتها فى الشهر ، أو فى السنة ، فإن ذهبت لم يقع عليها طلاق ، كما قال فى قوله : أنت طالق كلما حضت .

فصل [ق/ ١٤٧ / ٣أ]

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : إذا حملت فأنت طالق ، لم يمنع من وطئها، فإذا وطئها مرة طلقت عليه حينئذ .

ولو كان قد وطئها فى ذلك الطهر قبل مقالته طلقت عليه مكانه ، وتصير بعد وطئه أول مرة كالتى قال لها زوجها : إن كنت حاملاً فأنت طالق .

وقد قال مالك فى مثل هذا : هى طالق ؛ لأنه لا يدرى أحامل هى أم لا .

وقال ابن الماجشون فى المسألة الأولى : له وطؤها فى كل طهر مرة مثل العتق .

وقال أشهب : لا شىء عليه حتى يكون ما شرط .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : فلأنه إذا وطئها صار من حملها فى حال

الشك ، لا يدرى أحملت فيجب عليه الطلاق ، أو لم تحمل فلا يجب عليه .

وكل من حنث أم لا ، فهو حانث .

ووجه قول أشهب : أن من أصله أنه لا يطلق إلا على من طلق إلى أجل آت ، لابد منه .

وأما ما يمكن أن يكون ، أو لا يكون فلا يلزم به طلاق ، ولا نقل حكم هذا أصلهم .

وكما لو قال لحامل : إذا وضعت فأنت طالق عنده . وكقوله : إذا قدم فلان فأنت طالق ، فلا تطلق إجماعًا منهما .

ووجه قول ابن الماجشون : أن ليس من كل وطء يكون الحمل ، فوجب أن لا تطلق عليه حتى يختبر أمر هذا الوطء ، ويمسك عن وطئها إذ لا يدرى هل حملت منه فيحنث أم لا ، قياسًا على الأمة إذا قال لها : إذا حملت فأنت حرة .

والفرق عند ابن القاسم بين الأمة والحرة أنهم أجمعوا أنه لا يجوز الطلاق إلى أجل ، ويجوز العتق إلى أجل . هذا مذهب مالك وأصحابه .

ومن « المجموعة » : قال أشهب : وإن قال لها : وإن لم أحبلك فأنت طالق . أنه يطؤها أبدًا حتى تقعد عن الحمل ، ويؤيس لها منه .

وكذلك إن قال فى أمته : إن لم أحبلك فأنت حرة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال لها ، وهى غير حامل : إذا حملت فوضعت فأنت طالق .

فإن كان وطئها فى ذلك الطهر طلقت عليه مكانها ، ولا ينتظر بها أن تضع ، ولا أن تحمل ، وقد قال مالك : لا تحبس ألف امرأة لامرأة واحدة يكون أمرها فى الحمل عند أمرهن .

ومن « المجموعة » : قال سحنون : إذا قال لحامل : إذا حملت فأنت طالق ، فلا تطلق بهذا الحمل إلا بحمل مؤتنف .

ومن « المدونة » : وإن قال لها : إن لم يكن بك حمل، أو : إذا وضعت فأنت طالق طلقت مكانها ، ولا ينتظر بها حتى يعلم أحامل هى أم لا ، إذ لو ماتت قبل

أن يتبين [ق/ ١٤٦ / ٣ ب] ذلك لم يرثها .

وأخبرنى ابن دينار : أن مالكًا قال في رجل قال لزوجته وهى حامل : قد أكثرت عليّ من ولادة الجوارى ، إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق ، أنها تطلق عليه الساعة ، ولا ينتظر بها أن تضع . فإن ولدت غلامًا لم ترد إليه وهذا عند مالك كقوله : إن لم تمطر السماء في وقت كذا ، فأنت طالق ألبتة .

قال مالك : فإنها تطلق عليه الساعة ؛ لأن هذا من الغيب ، ولا ينتظر بها إلى ذلك الوقت لينظر أيكون فيه المطر أم لا ، ولو مطر فى ذلك الوقت لم يرد إليه .

قال مالك : وأما إن قال لها : إن لم يقدم أبى فى وقت كذا ، فأنت طالق فبخلاف ذلك ، إذ قد يدعى علم قدومه بالخبر يأتيه ، أو غيره ، وليس هذا كمن حلف على غيب .

قال ابن حبيب : من قال لحامل : إذا وضعت جارية ، أو إذا أمطرت السماء غدًا، فأنت طالق ، فلا شىء عليه حتى يكون ذلك .

بخلاف قوله : إن لم تلد جارية ، أو إن لم تمطر السماء غدًا ، أو إن لم تحض غدًا ، أو شبه ذلك فهذا يعجل حنثه ، فإن لم يرفع ذلك إلى الإمام حتى ولدت ، أو كان المطر ، فلا شىء عليه .

وأما إذا قال : أنت طالق إذا مطرت السماء ، أو إذا خسفت الشمس ، فإنها تطلق عليه الساعة ؛ لأنه أجل آت ، لا محالة وقاله ابن الماجشون ، وأصبغ .

باب آخر من اليمين بالطلاق ، وتكرير الطلاق فيه ، وعودته فى ملك ثان

قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته: إن لم أدخل هذه الدار ، أو أفعل كذا فأنت طالق ، لم يقع عليها الطلاق حين تكلم بذلك ، ولكن يمنع من وطئها حتى يفعل ما حلف عليه .

وإن رفعته امرأته ، ضرب له من يوم ترفعه أجل المولى ، ولا ينظر إلى ما مضى قبل ذلك من الشهور ، وإنما يضرب له الأجل من يوم حلف ، لو حلف بيمين من الأيمان أن لا يطؤها فلا تحتاج فى هذا إلى رفعه إلى الإمام ؛ لأنه لو وطئ قبل أن ترفعه زال إيلاؤه ، وبرّ . والأول لو وطئ قبل أن ترفعه لم يسقط عنه اليمين التى

عليه ، إذا لم يفعلها .

قال الشيخ : حكى عن أبي محمد وغيره إذا حلف بالطلاق إن لم يفعل كذا وقف عن وطء زوجته حتى يفعل ، فتعد فوطىء ، ثم فعل ما حلف عليه ، أنه لا يلزمه استبراؤها من ذلك الوطء ؛ لأن الوقف هاهنا ضعيف .

وبعض العلماء يقولون : إن له أن يطأها حتى يفعل ، ولا يحال بينه وبينها ، وهي بخلاف من وطئ فى الطلاق الرجعي .

قال ربيعة ويحيى بن سعيد : إن وطئ فى الطلاق الرجعى ، ولم ينو بوطئه الرجعة ، فهذا لا يطأ حتى يستبرىء ؛ لأنه طلق ، والحالف لم يطلق .

فصل

وإن قال لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم قال : كل امرأة أتزوجها من بلد كذا لبلدها ، فهى طالق . أو قال لها بعد ذلك ، والنساء معها : إن تزوجتكن فأنت طوالق ، فإن نكحها لزمته طلقتان ، ولا ينوى .

وإن قال لأجنبية : إن تزوجتك ، أو : يوم أتزوجك فأنت طالق طالق طالق ، أو قال لها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، إن تزوجتك وقدم ذكر الطلاق قبل التزويج فهى ثلاث ، إن تزوجها ، إلا أن يريد واحدة ، فيدين .

قلت : فإن قال لامرأته : أنت طالق ، وأنت طالق ، وأنت طالق ، قال : وقف فيها مالك .

وقال : فى النسق بالواو إشكال .

قال ابن القاسم : ورأيته يريد بقوله : أنها ثلاث تطليقات ، ولا ينوى ، وهو رأيى .

قال مالك : وأما إن قال لها : أنت طالق ، ثم أنت طالق ، ثم أنت طالق . فهذه بينة أنه لا ينوى وهى ثلاث ألبتة ، ولا ينوى .

وكذلك إن قال ذلك لأجنبية ، وقال معه : إن تزوجتك ، والواحدة تبين غير المدخول بها ، والثلاث تحرمها إلا بعد زوج، وقاله جماعة من الصحابة والتابعين.

قال ربيعة : ومن قال لامرأته قبل البناء : أنت طالق ،أنت طالق ، أنت طالق ، كلامًا نسقًا ، فهي ثلاث ولا ينوى ولا تحل له إلا بعد زوج .

فصل

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ، فإن لم تأكل منه شيئًا حتى طلقها واحدة ، فبانت منه ، وتزوجت غيره ، فأكلت بعضه لم يحنث بذلك ، فإن طلقت فتزوجها الحالف ، فأكلت بقيته ، أو بعضه وهى فى عصمته ، حنث ما بقى من طلاق ذلك الملك .

الذى عقد فيه اليمين شىء ، فإذا تم رجعت [ق/ ١٤٧ / ٣ ب] عنده على ملك مبتدأ ، ولم يحنث بما أكلت عنده في الملك الثانى ؛ لأن الملك الأول لما ذهب طلاقه صار بمنزلة من لا يمين عليه ، يريد : ولو أكلته عنده فى العصمة الأولى بعض الرغيف ، لم يعد عليه حنث ، إن أكلت منه في الملك الثانى ؛ لأنه حنث مرة ، وكل يمين حنث فيها مرة بطلاق ، فلا تعود عليه في التى حنث فيها ، إن نكحها [ق/ ١٤٨ / ٣ أ] وإن قال لها : أنت طالق إن دخلت الدار ، فصالحها ، فدخلتها بعد الصلح ، فى غير ملكه لم يلزمه شىء إن نكحها .

قال مالك : وإن قال لها : أنت طالق ثلاثًا إن دخلت هذه الدار ، فطلقها ثلاثًا، ثم تزوجها بعد زوج ، ثم دخلتها ، فلا شىء عليه .

قال الشيخ : لأنه إنما كان حلف بطلاق ذلك الملك الذى طلقها فيه ثلاثًا .

فقد ذهب الطلاق الذى حلف به ، ولا يحنث بطلاق قد ذهب .

ولو كان إنما طلقها واحدة ، أو اثنتين لحنث بدخولها الآن لباقى طلاق ذلك الملك ، تزوجها قبل زوج ، أو بعد زوج ، ثم لا تحل له إلا بعد زوج ، ولا يحنث بدخولها فى ملك غيره ، وكذلك أكلها للرغيف فى ملك غيره .

وقد قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين : من طلق دون الثلاث ، ثم ارتجع بنكاح ، أنها تكون عنده على بقية طلاق الملك الأول .

ولو كان الطلاق ثلاثًا رجعت على طلاق مبتدأ .

وإن قال لعبده : أنت حر إن كلمت فلانا ، فباعه هو ، أو باعه عليه السلطان في فلس ، ثم كلمه ، ثم اشتراه ، أو وهب له ، أو تصدق به عليه .ثم كلمه حنث بكلامه الآن ، لا بكلامه وهو فى غير ملكه .

وإن ورثه،أو ابتاعه من ميراث أبيه وهو قدر مورثه فأقل ،ثم كلمه لم يحنث ،

واشتراؤه إياه بمنزلة مقاسمته إخوته ، وإن بان أكثر من مورثه حنث .

قال سحنون : هذه المسألة ضعيفة جدًا .

ورأى أشهب : أن بيع السلطان له في الفلس يزيل التهمة كالميراث ، ولا تعود بعده اليمين عليه ، وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب العتق .

ومن الخلع : وإن حلف بالطلاق ثلاثًا إن لم أقض فلانًا حقه إلى يوم كذا ، فلما قرب الأجل ، وخاف الحنث ، طلقها واحدة ، فانقضت العدة قبل ذلك الأجل أو صالحها قبل ذلك الأجل ، ثم نكحها بعد الأجل في الوجهين لم تعد عليه اليمين.

وإن لم يقض فلانًا حقه ، وكره له مالك أن يفعل هذا هربًا من الحنث ،فإن فعل فلا شيء عليه .

ومن الأيمان بالطلاق : ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق يوم أدخل دار فلان ، فدخلها ليلاً ، أو حلف على ليل ، فدخلها نهارًا حنث ، إلا أن ينوى نهارًا دون ليل ، أو ليلاً من دون نهار ، فينوى .

وقد ذكر الله عز وجل الليالى بالا من الأيام فقال تعالى : ﴿ وَلَيَالٍ عَشْرٍ ﴾ [1].

وإن قال لها : أنت طالق إن دخلت دار فلان ، ودار فلان فدخلت إحداهما حنث، ثم إن دخلت الثانية لم تطلق ثانية .

وفي الباب الأول : مسألة من قال لزوجته : إذا طهرت فأنت طالق ، أنها تطلق الآن ويجبر على الرجعة .

فى الشك والمجهول في الطلاق

وقد أمر الرسول عليه الصلاة والسلام الشاك فى صلاته أن يبنى على يقينه ، فكذلك يجب على كل شاك الانتقال إلى حال يرتفع فيها شكه ، والطلاق أحق ما أحتيط فيه، إذ روى أن هزله جد .

وقد قال ابن عمر ، وغيره : يفرق بالشك ، ولا يجمع به .

قال مالك : ومن لم يدر كم طلق ، أواحدة ، أو اثنتين أو ثلاثًا ، فهى ثلاث .

قال ابن القاسم : فإن ذكر فى العدة أنها أقل فله الرجعة . وإن ذكر بعد العدة

(١) سورة الفجر (٢) .

كان خاطبًا ، ويصدق فى ذلك ، وإن بقى على شكه حتى تزوجها بعد زوج، ثم طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج ؛ لأنه لا يدرى لعل طلاقه أولاً إنما كان طلقتين، ثم طلق أخرى فصارت ثلاثًا ، فلا تحل له إلا بعد زوج ، فإن تزوجها أيضًا بعد زوج طلقها أيضًا طلقة لم تحل له أيضًا إلا بعد زوج ؛ لأنه لا يدرى لعل طلاقه أولاً كان طلقة ، وطلق أخرى وهذه الثالثة ، فلا تحل له إلا بعد زوج .

فإن تزوجها أيضًا بعد زوج ، ثم طلقه واحدة لم تحل له أيضًا إلا بعد زوج ، إذ قد يمكن أن يكون الطلاق الأول ثلاثًا ، فرجعت عنده فى النكاح الثانى ، على ملك مبتدأ ، ثم طلق ثلاثًا مفترقات ، فلا تحل له إلا بعد زوج .

وكذلك يصنع بعد خامس ، وسادس ومائة زوج ، إلا أن يبت طلاقها وهى تحته فى أى نكاح كان ، فتعود إن رجعت إليه على نكاح مبتدأ يقينًا .

وقاله ابن نافع فى غير « المدونة » .

وروى عن مالك : أنه إن نكحها بعد ثلاثة أزواج زال الشك فيها ، وقاله أشهب، وأصبغ .

وقال ابن وهب : إذا طلقها ثلاثًا وإن كن مفترقات ، فإنها [ق/ ١٤٨ /٣ب] ترجع على ملك مبتدأ .

قال الشيخ : فوجه قول أشهب : أنه لا يخلو أن يكون الطلاق الأول طلقة أو طلقتين ، أو ثلاثًا ، فإن كان ثلاثا فقد تزوجها بعد زوج ، وإن كان اثنتين ، فقد طلقها بعد أن تزوجها بعد زوج طلقة ، فصارت ثلاثًا ، ثم تزوجها بعد زوج ، وإن كانت واحدة فقد طلقها بعد الزوج الأول واحدة ، وبعد الزوج الثانى ثانية ، وطلقة الشك الأولى ثالثة ، فوجب أن يزول الشك بعد ثلاثة أزواج ، والله أعلم .

ووجه قول ابن وهب : أنه إذا طلقها ثلاثًا مفترقات يقينًا ، فقد زال الشك كما لو طلقها الثلاث فى كلمة .

ومن « المدونة » : ومن لم يدر بما حلف، بطلاق ،أو عتق ، أو مشى ، أو صدقة فليطلق نساءه، ويعتق رقبقه ، ويتصدق بثلث ماله ، ويمشى إلى مكة يؤمر بذلك كله ، ولا يجبر من غير قضاء ، وكذلك إن حلف بطلاق ، فلم يدر أحنث أم لا أمر بالفراق ، وقيل : يقف عليه ، فى غير « المدونة » .

قال الشيخ : ذكر عن أبى عمران: أن ذلك يؤخذ من « المدونة » .

قال في الذى حلف بطلاق زوجته : إن كلم فلانا ، ثم شك بعد ذلك، فلم يدر أكلمه أم لا ، أن زوجته تطلق عليه .فظاهر هذا أنه على الجبر .

وذكر فى غير هذا الكتاب : أنه يؤمر ، ولا يجبر .

قال أبو عمران : وأما مسألة من شك ، فلم يدر كم طلق ، فهاهنا يستحسن القضاء ؛ لأن هذا شاك فى بقاء عصمته عليها .

يريد : لأنه أيقن ، بالطلاق ، وإنما شك فى العدد ، فهو أشد ممن لا يدرى هل وقع عليه طلاق ، أم لم يقع .

وقال بعض القرويين : في مسألة الذى لم يدر كم طلق ، أثلاثًا ، أو أقل ليس يقال هاهنا : إنها ثلاث بالحكم ؛ لأنه لو حكم عليه بالثلاث ما نفعه أن يذكر فى العدة أنه إنما كان طلق أقل من الثلاث ، فيكون أملك بها .

قال ابن القاسم في « المدونة » : وإن كان ذا وسوسة في هذا ، فلا شىء عليه .

قال ابن حبيب : وإن قال : لا أدرى أحلفت ، فحنثت ، أو لم أحلف ، ولم أحنث ، فلا شىء عليه .

ابن المواز : قال مالك فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، فقيل له : ما نويت ؟ فقال : لا أدرى ، فهى ألبتة .

قال ابن المواز: لأنه لم يقل : لم أنو شيئًا ، وإنما قال : لا أدرى ما نويت فكأنه نوى شيئًا فنسيه .

م : وقيل عن أبى عمران فى الذى يقول : جميع الأيمان تلزمنى، قال : تلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعتق ، وغير ذلك .فقيل له : ما يلزمه من الطلاق ؟ فقال : هى مسألة متنازع فيها .

والذى أرى : أن الواحدة عليه بلا شك ، ويستحب له أن يلزم نفسه الثلاث ، فقيل له : من الأيمان خلية وبرية ونحوه ؟، فقال : هذا ما لا غاية له ، ويلزمه أيضًا: كلما تزوجتك فأنت طالق .

قال بعض فقهائنا : وقال أبو بكر بن عبد الرحمن القروى : تطلق عليه [ق/ ١٤٩ / ٣أ] زوجته ، بالثلاث عندى ؛ لأن الخلية والبرية ، والحرام وغير ذلك مما تحرم به الزوجة ، فدخل تحت يمينه لقوله : جميع الأيمان تلزمنى .

وأنكر ما ذهب إليه غيره من أنه تلزمه طلقة ، واستحسن بعض فقهائنا قول أبى عمران ، قال : ولا يكون أسوأ حالاً ممن حلف بالطلاق قصداً إليه ، ولا نية له ، أنه إنما يلزمه المباح من الطلاق ، وهو واحدة .

م : فظهر لى أن قول أبى بكر بن عبد الرحمن أقوى ؛ لأن الذى يقول : جميع الأيمان تلزمنى ، إنما قصد التشديد ، فيجب أن يلزم ذلك ، وإذ أكثر عادات الناس الأيمان بالثلاث في وقتنا ؛ لأن أكثرها إنما يقع على الجهر ، فيجب أن يلزم ذلك ؛ ولأن الخلية والبرية تدخل تحت ذلك ، وليس كمن قال : أنت طالق ؛ لأن هذا قد خص جنساً من الطلاق .

والذى قال : جميع الأيمان قد جمع الأيمان ، ومن الأيمان الطلاق واحدة ، والطلاق ثلاثًا ، والخلية والبرية وألبتة ، فكيف يقصره على أقلها ، مع ما بينا أن الثلاث أكثر أيمان أهل وقتنا ، وأن الذى يقول : جميع الأيمان ، إنما قصد التغليظ سفهًا منه ، والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال لزوجته : أنت طالق إن كنت دخلت الدار ، فقالت : دخلتها ، فكذبها ، ثم قالت : كنت كاذبة ، أو : لم تقل، فإنه يؤمر بفراقها ، ولا يقضى عليه بها .

ولو صدقها [ق/ ١٤٩ / ٣ب] أولاً لزمه الفراق بالقضاء ، وإن رجعت عن إقرارها .

وقال مالك فى من سأل زوجته عن شىء لها : إن لم تصدقينى ، أو إن كتمتينى، فأنت طالق ألبتة ، فأخبرته فليفارقها ، ولا يقيم عليها ، وما يدريه أصدقته ، أم لا. وقاله الليث .

وإن قال لها : إن كنت تحبين فراقى فأنت طالق ثلاثًا ، فقالت : إنى أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبة ، أو لاعبة فليفارقها ، ولا يقيم عليها ، فإن قال لها : إن كنت تبغضينى فأنت طالق ، فقالت: لا أبغضك ، فلا يجبر على فراقها، ولكن يؤمر به.

في تبعيض الطلاق ومن طلق عضوا من امرأته أو قال: إحدى نسائي طالق، أو طلقتك قبل أن أتزوجك، أو أنا صبي أو مجنون أو طلق بالعجمية

ولما تنقسم الطلقة الواحدة لزم من طلق بعض طلقة جميع الطلقة، كما لم تنقسم الحيضة في الأمة فاعتدت لحيضتين:

قال ابن القاسم: ومن طلق بعض طلقة لزمه طلقة كاملة.

قال ابن شهاب: ويوجع ضربًا من قال ذلك، وهو أملك بها.

قال ربيعة: وإن قال لها: أنت طالق طلقة ونصفًا لزمه طلقتان، وإن قال لها: طلقتين ونصفًا فهى ثلاث.

قال ابن القاسم: ومن قال لأربع نسوة له: بينكن طلقة إلى أربع طلقن واحدة واحدة.

وإن قال: خمسة إلى ثمان، طلقت اثنتين اثنتين.

وإن قال: تسع إلى ما فوق طلقن ثلاثًا ثلاثًا.

فصل

ومن قال لامرأته: يدك، أو رجلك، أو أصبعك طالق، طلقت كلها، وكذلك العتق.

قال الشيخ: لأنه إذا اجتمع الحظر والإباحة فى شخص غلب حكم الحظر على الإباحة كالأمة بين الشريكين، والمعتق بعضها، والشاة يذبحها المجوسى والمسلم.

قال سحنون فى « كتاب ابنه »: ولو قال لها: شعرك طالق، أو حرام، فلا شىء عليه.

ولو قال لعبده: شعرك حر، لم يلزمه عتق، وليس الشعر بشىء.

قلت: قال بعض أصحابنا: تحرم إذا حرم شعرها؛ لأنه من محاسنها، ومن خلقها حتى يزايلها. وكذلك لو قال: كلامك علىّ حرام لحرمت؛ لأنه من محاسنها.

قال سحنون: لا أرى عليه شيئًا فى الكلام، والشعر. وكذلك قال ابن المواز:

عن ابن عبد الحكم .

وقال أشهب : إنها تحرم عليه .

وقال بعض القرويين : إذا طلق كلام امرأته لزمه الطلاق ؛ لأن من كلام المرأة ما لا يحل أن يسمعه إلا الزوج .

فقد حرم ذلك النوع على نفسه فيلزمه الطلاق لهذا ، والله أعلم .

ومن « المدونة » : ومن قال : إحدى نسائى ، أو امرأة من نسائى طالق ، أو كان ذلك في يمين حلف بها ، فحنث ، فإن نوى واحدة بعينها طلقت التى نوى خاصة ، وصدق فى القضاء والفتيا ، وإن لم ينوها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق ؛ لأن الطلاق لا يختار فيه بخلاف العتق .

ابن المواز : وهذا قول المصريين وروايتهم عن مالك .

وقال المدنيون ، ورواه بعضهم عن مالك : أنه يختار منهن واحدة ، كالعتق ، والأول أحب إلينا ؛ لأن العتق يبعض ، ويجمع فى أحدهم بالسهم ، وليس ذلك فى الطلاق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك لو نوى واحدة ، فأنسيها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق .

قال الشيخ : ولا خلاف فى هذا ، وكذلك فى العتق إذا قال : أحد عبيدى حر، ونوى واحداً ، ثم أنسيه ، فإنه يعتق عليه جميعهم .

قال ابن القاسم : وإن جحد فى الطلاق كان كمن لا نية له ، ويطلقن كلهن .

قال الشيخ : وفى العتق يختار من تعتق منهم ، إذا لم ينو واحداً بعينه .

فصل

ومن قال لامرأته : طلقتك قبل أن أتزوجك ، أو : أنا صبى ، فلا شىء عليه .

وكذلك إن قال : وأنا مجنون إن عرف أنه كان به جنون .

وقال سحنون : يلزمه الطلاق ، وذلك ندم منه. ومن طلق بالعجمية لزمه إن شهد بذلك عدلان يعرفان العجمية .

جامع القول في الاستثناء في الطلاق

ولما أجمعوا أن من نسف يمين الطلاق بفعل كان الحكم لآخر الكلام ، كان كذلك الاستثناء فيه .

قال مالك : فمن قال لزوجته : أنت طالق إن شاء الله لزمه الطلاق ، ولا ثنيا له؛ لأنه لا علم لنا بمشيئة الله عز وجل .

فإذا طلقناها عليه علمنا أن الله عز وجل شاء طلاقها .

قال الشيخ : [ق / ١٥٠ / ٣ ب] : ولأنا لا نعلم بمشيئة الله عز وجل ، ولما لم يكن لنا طريق إلى علمها غلبنا التحريم ، كما إذا اجتمع فى شيء الحظر والإباحة، غلبنا الحظر .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن شاء فلان ، فذلك له ؛ لأنه ممن يوصل إلى علم مشيئته ، وينظر إلى ما يشاء فلان فإن مات فلان قبل أن يشاء ، وقد علم بذلك، أو لم يعلم ، أو كان ميتًا قبل يمينه ، فلا تطلق عليه .

قال الشيخ : لأنه لم يشأ إذا مات قبل أن يشاء .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا قال : أنت طالق إن شاء هذا الحجر ، أو الحائط ، فلا شيء عليه .

قال الشيخ : لأن هذه الأشياء ليس لها مشيئة، فيطلقها بها .

وقال سحنون : يلزمه فى الحجر ونحوه ، ولا ثنيا له ، ويحمل على أنه نادم.

م : قال عبد الوهاب : تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب : بمشيئة الله عز وجل ، وبمشيئة إنسان ، وبمشيئة من لا يشاء كالحجر ونحوه .

فأما قوله : أنت طالق إن شاء الله ، فلا يؤثر فى رفع الطلاق عندنا ، خلافًا لأبى حنيفة والشافعى ؛ لأنه لو أثر فى ذلك لم يخل أن يكون تأثيره من حيث الشرط، أو الاستثناء .

فإن كان من حيث الشرط ، فلا يصح ؛ لأنه لا سبيل لنا إلى العلم بحصوله ، فإذا كان كذلك ، فتعليق الطلاق به هزل وعبث ، وقد قال [ق/ ١٥٠ / ٣ أ] ﷺ: **«ثلاث هزلهن جد فذكر الطلاق»** .

وإن كان من حيث الاستثناء فلا يصح أيضًا ؛ لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها .

وقوله : أنت طالق إيجاب وإيقاع ، فلا مدخل الاستثناء فيه .

م : ولأن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة كالكفارة ، وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة فى الطلاق ، فكذلك الاستثناء ؛ ولأن الكفارة أقوى من الاستثناء ؛ لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة ، والاستثناء لا يؤثر إلا متصلاً ، فإذا لم تعمل الكفارة فى الطلاق كان الاستثناء أحرى ألا يعمل فيه ؛ ولأنه استثناء يرفع جميعه فى الحال ، فوجب ألا يعمل فيه ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا .

وأما تعليق الطلاق بمشيئة زيد ، فيصح ؛ لأنه يتوصل إلى علم مشيئته ، فكان كسائر الشروط ، كقوله : أنت طالق إن دخل زيد الدار ونحوه .

وأما الاستثناء بمشيئة الحجر فروايتان : فوجه أن الطلاق يلزمه فلأنه هزل ، ووجه أنه لا يلزمه فلأنه عدم الشرط الذى علق الطلاق به ، والأول أصح .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو كان استثناؤه فى يمين الطلاق على فعل شيء بعد ذكر الفعل أو قبله فلا ثنيا له .

قال الشيخ وابن الماجشون : يرى أنه له ثنيا إذا رد الثنيا الثنيى إلى الفعل دون الطلاق.

ولو قال : أنت طالق إلا أن يبدو لى لم ينفعه ذلك ، فإن ضمنه يمينًا فقال : أنت طالق إن فعلت كذا إلا أن يبدو لى فذلك له .

وقوله : إلا أن يبدو لى : يريد فى ذلك الفعل خاصة .

وإن قال : إن شاء الله لم ينفعه ذلك .

فصل

ومن كتاب ابن سحنون :فإن قال : أنت طالق الطلاق كله إلا نصفه ، أو قال: طالق ثلاثًا إلا نصفها لزمته طلقتان .

قال الشيخ : وكأنه قال لها : أنت طالق طلقة ونصفا ، فجبر عليه النصف الباقى من الطلقة فلزمه طلقتان .

قال : ولو قال : الطلاق كله إلا نصف الطلاق ،لزمته الثلاث ؛ لأن الطلاق المبهم واحدة ، فاستثناؤه من الواحدة لا ينفعه .

قال الشيخ : وكأنه قال لها : أنت طالق طلقتين ونصفًا ، فتلزمه الثلاث .

وإن قال لها : أربعًا إلا ثلاثًا ، أو مائة إلا تسعًا وتسعين ، فإن الثلاث تلزمه كمن قال : ثلاثًا إلا ثلاثًا ؛ لأن اللازم من المائة ثلاث ، ثم رجع فى « المجموعة»، فقال : لا تلزمه إلا واحدة .

ولو كانت اللوازم من المائة تكون فى المستثنى لكان ، لو قال : إلا اثنتين تلزمه واحدة ، وهذا تلزمه الثلاث ، وتكون اللوازم فيما أبقى .

قال فى « كتاب ابنه » : وإن قال : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق إلا واحدة ، فإن نوى بقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق واحدة يكررها ليسمعها ، لزمته واحدة ، كالقائل : أنت طالق واحدة إلا واحدة ،وإن لم يرد يسمعها أو لم تكن له نية ، فهى ثلاث استثنى منها واحدة ، فتلزمه طلقتان .

وإن قال : أنت طالق البتة إلا واحدة لزمته طلقتان ؛ لأن البتة صفة الثلاث بنى بها أم لا .

وأنكر قول من قال : إن البتة لا تتبعض .

قال بعض أصحابنا : ويلزم من قال هذا لو شهد شاهد بالبتة ، وشاهد آخر بالثلاث أن تكون شهادة مختلفة ، وهذا خلاف قول أهل الحجاز .

وقال سحنون فى « المجموعة » : إذا قال : أنت طالق ألبتة إلا واحدة ، لزمته الثلاث ؛ لأن ألبتة لا تتبعض . وقال أشهب : تتبعض .

ومن « العتبية » : قال أصبغ : فيمن قال لإحدى نسائه الثلاث : أنت طالق ألبتة، ثم قال للثانية : وأنت شريكتها ، ثم قال للثالثة :وأنت شريكتها ، فإنهن طوالق ألبتة كلهن ؛ لأنها لا تتبعض .

ولو قال للأولى : أنت طالق ثلاثًا ، وللثانية : أنت شريكتها ، وللثالثة : وأنت شريكتها ، فإن الأولى والثالثة تقع عليهما ثلاث ثلاث ، وعلى الوسطى اثنتان .

يريد : أن الأولى لزمها الثلاث بأول قوله ، والثانية لزمتها طلقتان ، فكأنه قال لها : أنت طالق طلقة ونصفًا ، والثالثة لزمتها ثلاث؛ لأنها لزمها من الأولى

طلقتان، ومن الثانية طلقة ، فأكملت عليها ثلاث تطليقات .

ومن « كتاب ابن سحنون » عن أبيه : ولو قال لأربع نسوة له : بينكن طلقة ، أو قال : اثنتان ، أو قال : ثلاث ، أو قال : أربع ، لزم كل واحدة طلقة .

ولو قال : أشركتكن فى ثلاث لزم كل واحدة ثلاث .

ولو قال : أشركت بينكن فى طلقتين ، طلقت كل واحدة طلقتين طلقتين .

قال الشيخ : كأنه إذا قال : بينكن كذا فإنما تقسم الجملة المسماة بينهن .

فإذا قال : اشتركتكن فى ثلاث ، أو فى اثنتين ، فكأنه أشركهن فى كل طلقة على انفرادها .

قال الشيخ : ولو قال قائل : ذلك سواء كله لم أعبه ، إذ لا فرق بين قوله : بينكن ، أو اشتركتكن .

قال أبو محمد : ورأيت لأبى عبيد القاسم بن سلام مسألة الاستثناء قال : على أصولنا فيمن قال : أنت طالق ثلاثًا ، إلا اثنتين ، إلا واحدة أنها اثنتان ؛ لأنه استثنى من الاستثناء لقول الله عز وجل : ﴿ **إِلاَّ آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٥٩﴾ إِلاَّ امْرَأَتَهُ**﴾[1] . فاستثنى من الاستثناء .

في الطلاق قبل الملك واليمين به

وقد رأي عمر ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وغيرهم ، وعدد كثير من التابعين أن من حلف بطلاق امرأة إن تزوجها : أن ذلك يلزمه ، وكذلك إن خص قبيلة ، قال بعضهم : أو ضرب أجلاً .

وأما إن عم فلا شيء عليه .

قال ربيعة : لأن الله عز وجل لم يجعل الطلاق إلا رحمة ، ولا العتاقة إلا أجرًا، فإلزامه هذا من الهلكة .

قال غيره : وهذا من الحرج الذى رفعه الله عز وجل عن هذه الأمة بقوله :﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[2] ، يقول : من ضيق .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعى : إن ذلك لا يلزمه سواء عم ، أو خفى .

---

(١) سورة الحجر (٥٩ - ٦٠) .

(٢) سورة الحج (٧٨) .

وقال أبو حنيفة: إن ذلك يلزمه سواء خص ، أو عم .

والدليل على الشافعي في أنه إن خص ، أو عم أن ذلك لا يلزمه : قول الله عز وجل : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١) ولأنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيه ابتداء ، وإيقاعه، فصح ذلك اعتباراً به ، إذا أضافه إلى حال طريق الملك ، مثل أن يقول لزوجته : إذا دخلت الدار فأنت طالق .

والدليل على أبي حنيفة في أنه يلزمه ، وإن عم : قوله عز وجل : ﴿ لا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ (٢)، ولأنه سد على نفسه طريق استباحة البضع ، فوجب ألا يلزمه ؛ لأن فى ذلك تعريض نفسه للزنا ، وما أدى إلى ذلك فهو ممنوع أصله عدم الحر لمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأمة ؛ لأنه لو لم يجز له ذلك لأدى إلى التعريض للزنا ،وما أدى إلى ذلك فموضوع أصله ، وكذلك مسألتنا .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال لامرأة : كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا فالطلاق يعود عليه أبدًا كلما تزوجها .

ولو قال : إن تزوجتك أبدًا ، أو إذا أو متى ما ، فإنما يحنث بأول مرة ، إلا أن يزيد أن « متى ما » مثل « كلما » فتكون مثلها ، وإن قال لأجنبية : إن وطئتك ، أو يوم [ق/ ١٥١ / ٣ أ] أكلمك فأنت طالق ، ثم تزوجها وفعل ذلك ، فلا شيء عليه ، إلا أن ينوى : إن تزوجتك .

فصل

قال مالك : ومن عم فقال : كل امرأة أتزوجها طالق ، فلا شيء عليه ؛ لأنه عم تحريم ما أحل الله عز وجل له ، كان له يومئذ أربع زوجات فأدنى ، أو لا زوجة له، طلق بعض زوجاته ، أو لا ، قال ذلك فى يمين مضمنة بفعل ، أو فى غير يمين مضمنة . وله أن ينكح حتى يكمل أربعًا .

ولو طلق كل امرأة فى عصمته لزمه ذلك ، وله أن يتزوج إن شاء، وإن قال لزوجته : إن دخلت أنا و أو أنت الدار فكل امرأة أتزوجها طالق ، أو بدأ بذكر التزويج قبل دخول الدار ، ثم تزوج امرأة ، ثم دخل الدار ، أو دخلت هى فلا شيء

---

(١) سورة المائدة (١) .

(٢) سورة المائدة (٨٧) .

عليه فيها ، ولا فيمن نكح بعدها .

فصل

وإن قال : كل امرأة أتزوجها إلا من الفسطاط طالق ،لزمه ، أو قال : إن لم أتزوج إلا من الفسطاط ، فكل امرأة أتزوجها طالق ، لزمه الطلاق فيمن تزوج من غيرها .

قال سحنون في قوله : إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأة أتزوجها طالق ، إن تزوج من غيرها وقف ، ودخل عليه الإيلاء .

ومن « العتبية » : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها بمصر ، ثم حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها بغير مصر ، فلا يلزمه اليمين الثانية ، وليتزوج بغير مصر ما شاء .

ولو كانت يمينه أولاً على غير مصر ، ثم حلف بطلاق من يتزوج بمصر ، فاليمين الثانية ساقطة ، ويتزوج من مصر .

قال ابن سحنون عن أبيه فى الحالف بطلاق من يتزوج من قرطبة .

قال : لا يلزمه إلا فى قرطبة ، وأرباضها .

ولو قال : من القيروان لم يلزمه إلا من المدينة نفسها .

ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شيء ، ولم ير قول بعض أصحابنا أنه يلزمه فيمن يلزمه السعى إلى الجمعة إلا أن ينوى إعمالها ، فيلزمه إعمالها ؛ لأن القياس أن يلزمه فيمن تقصر في مثله الصلاة .

فعاب سحنون هذا كله ، وقال هذا القائل : لو تزوج هذا من أبعد ما يلزمه فيه الجمعة ، ودون ما تقصر فيه الصلاة ، لم أفسخه ، وأنهاه قبل وقوعه .

قال سحنون : وهذا من قوله أصوب .

ومن « العتبية » و « الموازية » و « الواضحة » : قال ابن القاسم : وإن قال : كل امرأة أنكحها بأرض الإسلام طالق ، فإن كان يقدر على دخول أرض العدو ،والنكاح بها ، وإخراجها لزمه ، وإلا لم يلزمه اليمين .

قال ابن المواز : وقال أصبغ : لا يلزمه ، وإن قدر على دخولها ، كمن استثنى قرية صغيرة أو عددًا قليلاً .

قال أبو محمد : فى أرض الحرب ما يأتيه المسلمون ، وهى متجر لهم ، فإن أراد هذا لزمه ، وإن أراد مثل إفرنجة ، ونحوها ، لم يلزمه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق ، إلا من قرية كذا ، لقرية صغيرة ، ليس فيها ما يتزوج ، فلا شىء عليه .

قال مالك : وكذلك إن قال : إلا فلانة، وهى ذات زوج أم لا ، فلا شىء عليه.

قال ابن القاسم:وكذلك إن قال : إن لم أتزوج فلانة ، فكل امرأة أتزوجها طالق، فلا شيء عليه .

فصل

قال مالك : وإن قال : كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة ، أو أربعين سنة طالق، فذلك يلزمه إذا أمكن أن يحيا إلى ما أجل من الأجل .

فإن خشى العنت فى التأجيل ، ولم يجد ما يتسرر به ، فله أن ينكح ، ولا شىء عليه .

قال ابن المواز : قيل لابن القاسم :فى كم من الأجل إذا ضربه تعذره إن خاف العنت ؟، قال : لا أحده ، ولا أشك أن عشر سنين كثيرة يغرر بها .

قال أصبغ : بعد تصبر وتعفف .

وقال أشهب وابن وهب : لا يتزوج ، وإن خاف العنت فى تأجيل ثلاثين سنة .

قال ابن القاسم : نكاحه أولى من الزنا .

وقد اختلف فى هذا النكاح ، فأجازه ابن المسيب وغيره .

ولو حلف بعتق ما يملك من الجوارى فى هذا الأجل ، لم يعذر بخوف العنت .

ابن المواز : قال أصبغ : وهما فى القياس سواء ، ولكن قوله أحب إلى لقوة العتق وضيقه ، وسعة الناس فى النكاح .

قال ابن القاسم في « العتبية » : إن صاحب الشرط كتب إلى فى رجل تزوج امرأة حلف بطلاقها إن تزوجها ، فكتب إليه : لا يفسخ نكاحه ، وقد أجازه ابن المسيب .

وكان المخزومى ممن حلف أبوه على أمه بمثل هذا .

قال ابن القاسم : ومن قال : إن تزوجت فلانة بمصر فهى طالق ، فتزوجها ، فطلقت عليه ، ثم تزوجها .

قال : يلزمه الطلاق كلما تزوجها .

وقال ابن المواز : لا يحنث إلا مرة واحدة .

ابن سحنون : ومن حلف بطلاق من يتزوج على امرأته ، فذلك يلزمه .

وكذلك إن قال : إن تزوجت عليك فلانة فهى طالق ، أو شرط ذلك فى أصل النكاح ، ويتكرر فيها الحنث متى ما تزوجها [ق / ١٥١ / ٣ب] وإن كانت بعينها ومخرج هذا كأنه قال كل امرأة أجمعها معك طالق ، فصارت كغير معينة ، وكذلك قال ابن القاسم: المعينة وغيرها فى هذا سواء .

وروى عنه عيسى : أنه لا يحنث فى المعينة فى هذا إلا مرة واحدة ، ثم لا شىء عليه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن قال : إلى مائتى سنة ، أو كان شيخًا ، وضرب أجلاً يعلم أنه لا يبلغه فلا شىء عليه .

قال : وإن خص قبيلة أو بلدة كقوله : كل امرأة أتزوجها من مصر ، أو همدان، أو الشام ، فهى طالق ، فتزوج منها امرأة طلقت عليه ، ثم كلما تزوجها أبدًا ،ولو بعد ثلاث عادت عليه فيها اليمين وطلقت ؛ لأنه لم يحلف على عينها ، وترجع إذا طلقت عليه كإحدى نساء تلك البلدة ، وكذلك إن قال : من الموالى ، وتحته امرأة منهن ، فلا تطلق عليه ، فإن طلقها ، ثم تزوجها طلقت عليه .

وإن قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة ، فهى طالق لزمه؛ لأنه أجل آت كانت فلانة تحته أم لا .

فإن كانت فلانة تحته فطلقها ، فإن نوى بقوله : ما عاشت أى : ما دامت تحتى، فله أن يتزوج ، ويقبل منه ، كانت على يمينه بينة أم لا ، وإن لم تكن له نية فلا يتزوج ما بقيت .

قال ابن القاسم : إلا أن يخشى العنت .

فصل

قال مالك : ومن قال : كل امرأة أتزوجها من الفسطاط طالق ثلاثًا ، فتزوج منها ، ودخل فعليه صداق واحد ، لا صداق ونصف ، كمن وطئ بعد حنثه فى الطلاق ، ولم يعلم فإنما عليه المهر الأول الذى سمى .

قال ابن القاسم : [ق / ١٥٢ / ٣ أ] وليس عليها عدة الوفاة إن دخل بها ، ثم مات ، إنما عليها ثلاث حيض .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : لها مهر ونصف .

ودليلنا : أنا اتفقنا أنه واطئًا بشبهة العقد الأول ، ولا حد عليه ، إذ لا يجتمع الحد والمهر ، فإذا كان واطئ بشبهة العقد الأول ، لم يلزمه إلا مهرًا واحدًا اعتبارًا بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطئ فيها .

م : **قال ابن المكاتب** : وقد أجمع المسلمون على أن النكاح الفاسد ، وإن تكرر الوطء فيه ، ليس فيه إلا صداق واحد . وهو الذى وجب أولاً ، فكان ما بعده داخلاً في حكمه ، وإن كان لا يجوز ذلك فكذلك ما قلناه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن وكل من يزوجه ، ولم يحضر عليه، فزوجه من الفسطاط لزمه النكاح ، وطلقت عليه إلا أن ينهاه عن الفسطاط .

قال الشيخ : يريد : فلا يلزمه النكاح إذا ثبت النهى .

قال ابن القاسم : وقد قال مالك فيمن حلف ألا يبيع سلعة كذا ، فوكل غيره فباعها ، إنه حانث ، فهذا عندى مثله .

قال ابن حبيب : ومن حلف بطلاق من يتزوج بقرطبة ، فوكل من يزوجه فعقد عليه نكاح امرأة بقرطبة ، فإنها تطلق عليه ، ولها عليه نصف الصداق ، ثم ينظر فإن كان ذكر للوكيل يمينه ، فضمان نصف الصداق على الوكيل ، وإن لم يذكر ذلك له فلا يضمن الوكيل شيئًا ، وذلك على الحالف .

قال أبو محمد : إذا نهاه عن نساء قرطبة لم يلزمه طلاق ولا نكاح .

ومن « المدونة » : قال مالك: ومن قال لزوجته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق، فطلق المحلوف لها ثلاثا ، ثم تزوج امرأة ، ثم تزوج المحلوف لها بعد زوج ، أو تزوجها قبل زوج ، ثم تزوج عليها ، فلا شيء عليها فيهما.

قال الشيخ : وكأنه رأى أنه إذا طلق المحلوف لها ثلاثًا ، ثم تزوجها بعد زوج فكأنها غيرها لزوال العصمة التى حلف لها فيها .

وأما إن طلق المحلوف لها واحدة ، فانقضت عدتها ، ثم تزوجها ، ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ، ثم تزوجها هي عليها ، فإن الأجنبية تطلق عليه فى الوجهين ما بقى من طلاق الملك الأول شىء ، ولا حجة له إن قال : تزوجتها على غيرها ، ولم أنكح غيرها ، ولا أنويه ، إن ادعى نية ؛ لأن قصده ألا يجمع بينهما .

قال ابن المواز : والذى هو أثبت عندنا إذا طلقها ألبتة ، ثم تزوجها بعد زوج ، فإنما يزول عنه كل يمين حلف بطلاقها نفسها ، أو كل شرط فيها ، أو يملكها نفسها .

فأما ما كان بطلاق غيرها كقوله : كل امرأة أتزوجها عليك طالق ، أو : إن تزوجت عليك فلانة فهى طالق ، فطلقها ثلاثًا ، ثم نكحها بعد زوج ، أن ذلك لازم له ، ورواه ابن وهب عن مالك فيما أظن ، وقاله أشهب ، وأخذ به أصبغ .

قال أشهب : وكذلك قوله : إن تسررت عليك فهى حرة ، أو : تزوجت عليك فعبدى حر ، قال : أبدًا ، أو لم يقل ، فهو على الأبد حتى ينوى غير ذلك ، وهو كالحالف بالله عز وجل ، أو بالمشى إلا أطؤك ، فلا يزيل يمينه هذه طلاقه إياها ألبتة إن تزوجها بعد زوج ، إلا أن يكون نوى هذا الملك .

قال : وإنما يسقط أيمانه بطلاقها وظهارها .

ومن « المدونة » : قال مالك : وكذلك إن قال : إن تزوجت عليك ، فأمر التى أتزوج عليك بيدك ، على وجوه المسألة الأولى ، يكون ذلك بيدها ما بقى من طلاق ذلك الملك الأول شىء ، سواء كان مشترطًا فى عقد النكاح ، أو تبرع به بعد العقد.

قال ابن حبيب : فيمن شرط أن الداخلة على امرأته طالق ، فجهل فنكح عليها، فليفرق بينهما متى ما عثر عليه ، ولها نصف الصداق ، وإن بنى بها فلها جميعه ، ولا ميراث لها إن مات قبل الفراق ، وإن كان ولد لحق به وورثه .

ولو عثر عليه قبل موته ، وهو مقر بالشرط لم يلحق به الولد ، ورجم .

قال أبو محمد : انظر قوله : ويرجم ، هذا نكاح مختلف فيه ، وابن القاسم

يقول: يتوارثان قبل الفسخ .

قال ابن حبيب : ولو أنكر وقامت عليه بذلك بينة فرق بينهما ، ولم يحد ، كمن شهد عليه بالطلاق وهو يجحد .

قلت : فمن طلق فى سفر ، ثم قدم فجحد ، فتقوم البينة بعد موته ، فقد قال مالك : ترثه . وقلت أنت فى المسألة الأولى : لا ترثه .

قال : لأن التى فيها الشرط بانت منه بالعقد ، فلم يملك عصمتها إلا مع طلاق .

قارن العصمة ، والأخرى فارقها بعد عصمة مستقرة ، فإنما يثبت ذلك عليه بعد موته .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن شرط عند نكاحه إن تزوج عليها ، فأمر نفسها بيدها ، ففعل فلها أن تطلق نفسها بالثلاث ، ولا مناكرة له هاهنا ، بنى بها الزوج ، أو لم يبن .

قال ابن القاسم : لأنها حين اشترطت إنما اشترطت ثلاثًا ، فلا تبالى دخل بها أم لا .

فإن طلقت نفسها بالثلاث بانت منه ، وإن طلقت نفسها واحدة ، وقد بنى فله الرجعة ، وإن لم يبن بها بانت منه بالواحدة .

قال أبو محمد : أعرف لسحنون وغيره : أن الطلقة لا رجعة له فيها ؛ لأنها تشترط فى أصل النكاح .

قال ابن القاسم : وإن طلقت نفسها واحدة ، ولم توقف ، فليس لها أن تزيد عليها ، كالتى توقف فتطلق واحدة ، فقد تركت ما زاد عليها .

قال : ولو نكح عليها امرأة فلم تقض ، فلها أن تقضى إن نكح ثانية أى الطلاق شاءت ، وتحلف: ما رضيت إلا بالأولى ، وما تركت الذى كان لها من ذلك .

قال : ولو طلق الأولى ، ثم راجعها بنكاح فللملكة القضاء ، وليس رضاها أولاً بلازم لها مرة أخرى .

وقد ذكرنا هذه المسألة موعبة فى كتاب التخيير .

ومن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثًا إن لم أتزوج عليك اليوم ، فتزوج نكاحًا فاسدًا ، طلقت عليه ، لأن مالكًا قال فيمن قال لأمته : أنت حرة إن لم أبعك اليوم، فباعها فألفيت حاملاً منه : أنها تعتق عليه .

قال حمديس : ينظر في فساد النكاح ، فإن كان مما يقر بعد البناء ، فبنى بها من يومه برَّ في يمينه ، وإن لم يبن بها حتى مضى ذلك اليوم حنث .

وإن كان النكاح مما يفسخ قبل البناء وبعده فلا يخرجه ذلك من يمينه على حال .

قال الشيخ : يريد : إلا أن يفسخ ذلك النكاح ، ثم يتزوجها نكاحًا صحيحًا في ذلك اليوم ، فإنه يبر ، وكذلك إن تزوج غيرها فيه .

وقال سحنون : في الأمة التى حلف ليبيعنها ، فباعها ، فألفيت حاملاً ، ينبغى إن كانت مستبرأة عنده حين يمينه وبيعه أن لا تعتق عليه ، لأنه حلف على ما يجوز له .

قال سليمان :قال سحنون : والتى احتج بها رواية غير معتدلة ، ولا تعتق عليه الأمة كمسألة مالك في الحمامات .

ومن « المدونة » : قلت : فإن نكح على الزوجة الحرة أمة ، قال : آخر ما فارقت مالكًا عليه أن نكاح الأمة على الحرة جائز ، والخيار في هذا للحرة في أن تقيم معه ، أو تفارقه بطلقة .

قال حمديس : يبر في يمينه إن كانت الأمة من نسائه [ق/ ١٥٣ / ٣ أ] .

فيمن كتب إلى زوجته ، أو أرسل إليها بالطلاق، وطلاق الأخرس، والسكرانِ ، والمكره والسفيه والصبى ، والكافر ، والعبد :

قال مالك : ومن قال لرجل : أخبر زوجتى بطلاقها ، أو أرسل إليها بذلك رسولاً ، وقع الطلاق حين قوله للرسول ، بلغها الرسول ، أو لم يبلغها ذلك ، وكتمها .

وإن كتب إليها بالطلاق ، ثم حبس كتابه فإن كتبه مجمعًا على الطلاق لزمه حين كتبه ، وإن كان ليشاور نفسه ، ثم بدا له فذلك له ، ولا يلزمه طلاق .

قال ابن القاسم : ولو أخرج الكتاب من يده عازمًا ، وقد كتب غير عازم لزمه

حين أخرجه من يده ، وإن كان أخرجه غير عازم فله رده ما لم يبلغها ، فإن بلغها لزمه .

قال أبو محمد : وروى عن مالك أنه قال : إذا أخرجه من يده لزمه كاللفظ بالطلاق ، والإشهاد به .

قال ابن المواز : فيمن أراد أن يكتب إلى زوجته بالطلاق : فأما أشهب فأجاز أن يكتب إليها : إذا طهرت من حيضتك فأنت طالق ، ولم يجعل لذلك أجلاً ، ورآه ابن القاسم كالمطلق إلى أجل .

قال ابن المواز : وأحب إليّ أن يكتب إليها : إذا جاءك كتابى هذا فإن كنت حضت بعدى حيضة ، ثم طهرت وأتاك كتابى ، وأنت طاهر ، فأنت طالق .

وإن كانت حاملاً كتب إليها : وإن أدركك كتابى وأنت حامل ، أو قد وضعت وطهرت ، فأنت طالق .وإن كانت يائسة أو لم تحض طلقها متى شاء ، وكتب إليها بذلك .

وروى ابن حبيب عن النخعي : إذا كتب إلى زوجته : إذا جاءك كتابى فأنت طالق ، فلم يأتها الكتاب ، فليس بشىء ، وإن كتب إليها: فأنت طالق فذلك جائز.

فصل

قال مالك : وما علم من الأخرس بإشارة أو كتاب من طلاق ، أو خلع ، أو عتق ، أو نكاح ، أو بيع ، أو شراء ، أو قذف لزمه حكم المتكلم ، ويحد قاذفه ، ويقتص منه وله فى الجراح .

فصل

قال مالك : ويلزم السكران طلاقه ، وخلعه ، وعتقه ، وإن قَتَل قُتِل ؛ لأن معه بقية من عقله ، ولم يرفع القلم عنه .

قال البخارى : وقال عثمان ، وابن عباس : ليس للسكران طلاق .

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن ابن القاسم : فيمن أسقى السكران ثم حلف بطلاق ، أو عتق ، فلا شىء عليه ، وهو كالبرسام ، وهو لم يدخله على نفسه ، وقاله أصبغ وقال أصبغ : ولو قصد شربه على سبيل الدواء ، والعلاج ، فأصابه ما

بلغ ذلك منه ، فلا شيء عليه ، وليس كشارب الخمر .

فصل

قال مالك : وما طلق المبرسم أو المحموم في هذيانه ، وعدم عقله لم يلزمه ، والمجنون الذى يفيق أحيانًا فما طلق فى حال إفاقته يلزمه ، وما طلق فى حال جنونه لم يلزمه ، وكذلك المعتوة المطبق لا يلزمه ما طلق .

وقد قال رسول الله ﷺ : « **رفع القلم عن ثلاث** ... »(١) فذكر المجنون حتى يفيق ، والصبى حتى يحتلم ، والنائم حتى ينتبه ؛ ولأن من لا يصح نكاحه لا يصح طلاقه ، اعتبارًا لأحد الطرفين بالآخر .

فصل

قال مالك : ولا يلزم المكره ما أكره عليه من طلاق أو نكاح، أو خلع، أو عتق ، أو غيره ، وقد رفع الله سبحانه الإثم بالإكراه في القول بقوله عز وجل : ﴿**إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ**﴾(٢) ، وقال تعالى : ﴿ **إِلاَّ أَن تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً** ﴾(٣).

وقال الرسول عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٤) .

وقال ابن مسعود : ما من كلام يدرأ عنى سوطين ، إلا كنت متكلمًا به .

فصل

قال مالك : والسفيه فى حاله ، المخدوع فى عقله يلزمه طلاقه .

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨) ، والنسائى (٣٤٣٢) وفي « الكبرى » (٥٦٢٥) ،وابن ماجة (٢٠٤١) ، وأحمد (٢٦٧٣٨) ، والدارمى (٢٢٩٦) ، وابن حبان (١٤٢) ، والحاكم (٢٣٥٠) ، وأبو يعلى (٤٤٠٠) ، والبيهقى في « الشعب » (٨٧) وفي « الكبرى (١١٢٣٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) سورة النحل (١٠٦) .

(٣) سورة آل عمران (٢٨) .

(٤) أخرجه ابن ماجة (٢٠٤٥) ، وابن حبان (٧٢١٩) ، والدارقطنى (٤/ ١٧٠) حديث (٣٣) ، والطبراني في « الكبير » (١١٢٧٤) وفي « الأوسط » (٨٢٧٣) وفي « الصغير » (٧٦٥) و البيهقى في « الكبرى » (١٤٨٧١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

قال الشيخ : لأنه من أهل التكليف ، وإذ ليس فى ذلك إتلاف ماله ، وكعتقه أم ولده .

فصل

قال مالك : ولا يجوز طلاق الصبى حتى يحتلم ؛ لأنه رفع عنه القلم إلى ذلك الوقت .

قال الله عز وجل : ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ منكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ** ﴾(١) الآية .

فجعل الفرض عليهم بالبلوغ ؛ ولأن طلاقه إزالة ملك كالعتق ، فكما لا يلزمه العتق ، كذلك لا يلزمه الطلاق .

انظر إلى الفرق بين طلاقه وعتقه .

فصل

قال مالك : وإذا أسلمت الذمية ، وزوجها ذمى ، فطلقها ، وهى فى عدتها لم يلزمه طلاقه ، وإن لم يسلم بعد ذلك ، وقد أحبط الله عز وجل عمل أهل الكفر فى كتابه ، وقال ﷺ « **الإسلام يجب ما قبله** »(٢) .

فصل

قال فى كتاب النكاح : وطلاق العبد طلقتان ، وأجله فى الفقد ، والاعتراض ، والإيلاء نصف أجل الحر .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك ؛ لأن هذه الأشياء كالحدود ، وتجر إلى ما يوجبها ، وقد قال الله عز وجل في الحدود : ﴿ **فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ** ﴾(٣) ، فوجب أن يكون طلاقه طلقتين ؛ لأن الواحدة لا تنقسم فجبرت عليه .

قال في كتاب الإيلاء : ولو طلق العبد زوجته تطليقة ، ثم عتق ، فإنما تبقى له عليها طلقة واحدة ؛ لأنه كان طلق نصف طلاقه .

---

(١) سورة النور (٥٩) .

(٢) أخرجه أحمد (١٧٨١٢) و (١٧٨٤٦) ، والبيهقى في « الكبرى » (١٨٠٩٦) من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه .

(٣) سورة النساء (٢٥) .

فى اللغو فى الطلاق ومسائل من الأيمان به مختلفة

ولم يذكر الله عز وجل لغو اليمين إلا فى اليمين بالله عز وجل ، فلا يكون ذلك فى طلاق ولا عتاق ، ولا غيره ، وكذلك الاستثناء بمشيئة الله عز وجل .

قال مالك : ومن حلف بالطلاق على ما يوقن أنه كذلك ، ثم ظهر خلافه ، لزمه الطلاق ، وقاله عدد من السلف ، وبه قضى عمر بن عبد العزيز فى الحالف بطلاق إحدى نسائه على ناقة أقبلت إلى فلانة .

فإذا هى ليست هى أن تطلق التى نوى من نسائه ، وإن لم ينو واحدة طلقن كلهن .

وقال ربيعة : ومن ابتاع سلعة فحلف لرجل بالطلاق ليخبرنه بكم أخذها فأخبره أنه أخذها بدينار ، ودرهمين ، ثم ذكر أنه أخذها بدينار ، وثلاثة دراهم .

قال : إن ذكر أنه أقل أو أكثر ، فهو حانث .

أبو محمد : يريد أن المحلوف له مات قبل أن يخبره ، أو ضرب له أجلاً فجاوزه.

قال الشيخ : ونحوه لبعض فقهائنا القرويين أنه قال معنى قول ربيعة : ليخبرنه ، أى : ليخبرنه الساعة ، فلذلك حنثه ، هذا معنى قوله .

ومن « المدونة » : قال ابن شهاب : ومن حلف بالطلاق إن كلم فلانًا فكلمه ناسيًا ، فقد حنث .

قال الشيخ : واحتج البخارى فى النسيان والغلط فى الطلاق بقول النبى ﷺ : «**إنما الأعمال بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى**»[1] .

قال : وتلا الشعبى قوله تعالى : ﴿ **رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا** ﴾[2] .

ومن « المدونة » : قال عطاء بن أبى رباح ، وسعيد بن المسيب ، ومالك ، والليث : الاستثناء فى الطلاق بمشيئة الله عز وجل .

قال ربيعة :وإن حلف بطلاق امرأته إن ضرب جاريتها ، فرماها بحجر فشجها ، أن زوجته تطلق عليه .

---

(١) أخرجه البخارى (١) ، ومسلم (١٩٠٧) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٢)سورة البقرة (٢٨٦) .

قال : ومن حلف على معصيته ، كقوله : أنت طالق لأشربن خمراً ، أو بعض ما حرم الله عز وجل عليه ، ثم رفع إلى الإمام ، فليطلق [ق/ ١٥٤ / ٣ أ] عليه مكانه .

وكذلك قوله : لأضربن فلانًا ، إلا أن يجب له ضربه بحق ، فيدخل عليه الإيلاء .

قال ابن شهاب : وإن حلف بالطلاق ليفعلن كذا ـ يريد مما يجوز له ـ إلى أجل لم يحل بينه وبين امرأته ، فإن لم يؤجل ضرب له أجل الإيلاء ، فإن فعل ما حلف عليه فبسبيل ذلك ، وإلا فرق بينه وبين امرأته صاغراً قميئًا.

قال ابن وهب : قال ربيعة ، والليث فيمن حلف بالطلاق امرأته ليتزوجن عليها، إنه يوقف عن وطئها ، ويضرب له أجل المولى .

قال الليث ، وعطاء بن أبى رباح : فإن لم ينكح عليها حتى يموت توارثا ، قال عطاء : وأحب إلىّ أن يبر فى يمينه قبل ذلك ، وهذا مستوعب فى كتاب الإيلاء .

في خيار الأمة تعتق وهي تحت عبد

روى ابن وهب أن الرسول ﷺ قال لبريرة إذ عتقت ، وكانت تحت عبد :« **أنت أملك بنفسك ، فإن شئت أقمت مع زوجك ، وإن شئت فارقته ، ما لم يمسك**».

وقال جماعة من الصحابة - رضى الله عنهم - :عن رسول الله ﷺ : « **إن الأمة إذا أعتقت وهي تحت عبد ، فأمرها بيدها ، فإن هى أقرت حين يطأها ، فهى امرأته لا تستطيع فراقه**».

قال ربيعة ، ويحيى بن سعيد : وإن مسها ، ولم تعلم بعتقها فهى على خيارها حتى يبلغها .

قال عبد الوهاب : وإنما كان لها الخيار ؛ لأن حرمتها زادت على حرمته ،فلها أن لا ترضى بها ، ولا خيار لها تحت الحر ، خلافًا لأبى حنيفة ، لقول عائشة - رضى الله عنها - : خير رسول الله ﷺ بريرة ، وكانت تحت عبد ، ولو كان زوجها حراً ما خيرها .

ومثل هذا لا يكون إلا بتوقيف ؛ ولأن حرمتها ليست زائدة على حرمته ، بخلاف العبد .

قال : واختيارها نفسها طلاق ؛ لأنه ليس بفسخ غالبًا ؛ إذ لها المقام عليه ، وتكون طلقة بائنة ؛ لأنه خيار فى زوال العصمة كالخلع .

ولو كان له الرجعة لم يفدها الخيار شيئًا ، وفى تطليقها نفسها زيادة على الواحدة روايتان .

فوجه قوله : إن لها ذلك ، فلأنها ملكت من أمرها ما كان الزوج يملكه ، فكان لها أن توقع ما كان له أن يوقعه .

ووجه قوله : إنه ليس لها أكثر من واحدة هو أن الغرض إزالة العصمة ، فإذا زالت بالواحدة ، فالزيادة عليها إضرار ، لا فائدة فيه .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا عتقت الأمة .

ابن المواز : أو من فيها بقية رق ، وهى **تحت عبد** حيل بينهما حتى تختار ، ولها الخيار بطلقة ، وتكون بائنة ، ولا رجعة له إن عتق فى العدة ؛ لأن كل فرقة من قبل السلطان ، فهى طلقة بائنة .

وإن لم يؤخذ عليها مال . قال ابن القاسم : وإن قالت حين عتقت : اخترت نفسى ، ولا نية لها ، فهى طلقة بائنة ، إلا أن تنوى أكثر ، فيلزم ما نوت ؛ لأن مالكًا كان يقول مرة : ليس لها أن تطلق نفسها أكثر من واحدة بائنة ، فلذلك رأيت إذا لم تكن لها نية أنها واحدة بائنة .

قال مالك : ولو طلقت نفسها أكثر من واحدة ، أو ألبتة ، بعد البناء لزم ، ولم تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر إلا بعد زوج ؛ لأن الاثنتين جميع طلاق العبد ، وكذلك إن فارقت بواحدة ، وقد تقدم له فيها طلقة ، فلا تحل له إلا بعد زوج .

وأول قول مالك : إنه ليس لها أن تختار بأكثر من واحدة ، ثم رجع إلى أن ذلك لها على حديث زبراء ، وقد ذكر مالك أن زبراء حين اعتقت تحت عبد ، قالت لها حفصة : إن لك الخيار ، فطلقت نفسها ثلاثًا .

ابن المواز : وإذا كان الزوجان نصرانيين لمسلم ، فأعتقت الأمة ، فلها الخيار ؛ لأنها لمسلم .

ابن سحنون : واختلف إن كانا لنصرانى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولها الخيار عند غير السلطان ، فإن لم تختر حتى عتق زوجها ، أو كان عتق الزوجين فى كلمة واحدة ، فلا خيار لها .

قال : ولا تختار فى الحيض ، فإن فعلت لزم .

قال في « العتبية » : فإن لم تختر حتى عتق زوجها ، قبل أن تطهر ، فلا يقطع ذلك خيارها ، ولها الخيار إذا طهرت ؛ لأنه كان وجب لها ، وإنما منعها منه حيضتها.

قال الشيخ : ولو قال قائل : ألا خيار لها لم أعبه ، لأن زوجها قد عتق قبل خيارها ، وساوت حرمته حرمتها ، فوجب سقوط خيارها ، كما لو جهلت أن لها الخيار ، فلم تختر حتى عتق زوجها ، أنه لا خيار لها .

ابن المواز : ولو بيع زوج الأمة بأرض غربة ، فظنت أن ذلك فراق ، ثم عتقت فلم تختر نفسها حتى عتق زوجها ، فلا خيار لها ، وقاله مالك .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو بلغها العتق بعد زمان ، وهو يطؤها ، فلها الخيار حين علمت .

قال : ولها الخيار فى مجلسها الذى علمت بالعتق فيه ، أو بعد ذلك ما لم توطأ.

ابن المواز : وإذا علمت بالعتق ، فادعى الزوج بعد أيام أنه وطئها ، فأنكرت ، فإن علم أنه كان يخلو بها ، أو أقرت له بالخلوة ، فهو مصدق مع يمينه .

وإن لم يعلم ذلك ، ولم تقر له بها صدقت بغير يمين .

ومن « المدونة » : ولو وقفت سنة فمنعت نفسها ، ولم توطأ ، ثم قالت : لم أسكت رضى بالمقام صدقت ، ولا يمين عليها كالتمليك .

وقد قال مالك : لا يحلفن النساء فى التمليك، ثم لها الآن أن تختار .

فإن كان وقوفها رضى بالزوج فلا خيار لها بعد أن تقول : رضيت بالزوج .

قال مالك : ولو وطئها بعد علمها بالعتق وجهلت أن لها الخيار ، أو علمت فلا خيار لها بعد ذلك .

ومن « كتاب محمد » : وإذا أعتقت أمة تحت عبد وهو غائب ، فاختارت نفسها .

قال أصبغ : قال ابن القاسم : أمر هذه وأمر النصرانية التى تسلم وزوجها غائب سواء إن كان الزوج قريب الغيبة ، كتب فى أمره خوفًا أن يكون عتق قبلها .

وإن كان بعيدًا فخافت على نفسها الضرر فى التوقيف ، رأيت أن تتزوج إذا انقضت عدتها ، فإن قدم بعد انقضاء العدة قبل أن تتزوج ، أو بعد أن تزوجت ، وقبل أن يدخل بها الآخر كان أحق بها ، كان قد أسلم ، أو عتق قبل إسلامها ، أو عتقها ، أو بعد فهو أحق بها ، إلا أن يدخل بها الثانى فيكون الثانى أحق بها .

وإن كان إسلام الأول أو عتقه قبل إسلامها ، أو عتقها ، فالأول أحق بها .

وإن دخل بها الثانى وولدت الأولاد ، وليس ذلك عندهما مثل إذا كان إسلامه بعد إسلامها ، أو عتقه بعد عتقها .

قال ابن المواز : وهذا أحب إلينا ، وهو مما لم يكن يجب عليها فيه عدة .

قال أصبغ : وتصير كالمنعى لها زوجها ، وكالعبد يجب له، وعليه حكم العبيد، ثم يثبت أنه حى قبل ذلك ، بعتق سيده ، أو بغير ذلك ، أنه يرجع إلى حكم الأحرار ، ولا يضر ذلك الجهالة .

وكذلك فى الطلاق ، والعدة ، وترد الأمة والعبد إلى بقية الطلاق للحر ، وبقية عدة الحرة .

وإذا بادرت المعتقة فى القريب الغيبة فاختارت نفسها لزم ذلك ، واكتفى به ، ثم إن نكحت ، وثبت أنه عتق فى عدتها ، فلا سبيل للقادم إليها ، وكذلك لو لم تتزوج ، ولا حجة له بقرب غيبته ، وهو كالحاضر ، وكذلك التى أسلمت والزوج قريب الغيبة ، فيستحب أن يتربص لاستبراء أمره ، فإن بدرت فنكحت ، ثم قدم وثبت [ق/ ١٥٥ / ٣ أ] أنه أسلم فى عدتها ، فلا حجة له ، ويكتفى بتلك العدة لها عدة .

وروى ابن حبيب عن أصبغ : إن ظهر عتقها ، ولم يظهر عتقه ، وهو حاضر ، فاختارت نفسها ، وقد كان أعتق زوجها قبلها ، ثم تزوجت الآن ، فزوجها الأول أحق بها ، وإن دخلت ، وإن كان غائبًا لم يكن أحق بها إلا أن يدركها قبل

الدخول .

ومن « المدونة » : قال : وإن أعتق نصفها تحت عبد ، أو جميعها تحت حر ، فلا خيار لها .

قال ابن شهاب : وإن أعتقت قبل أن يدخل بها ، وقد فرض لها ، فاختارت نفسها ، فلا صداق لها ؛ لأنها هى تركته ، ولم يتركها .

وإنما قال الله عز وجل : ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ** ﴾(1) الآية ، فليس هو فارقها ، ولكن هى فارقته ، وقاله ربيعة ، ويحيى بن سعيد .

قال مالك فى « العتبية » : فى أمة تحت عبد أشهدت أنها متى ما عتقت تحته ، فقد اختارت نفسها ، أو زوجها ، فليس ذلك بشىء .

قال في « كتاب ابن سحنون » وغيره : وأما الحرة ذات الشرط فى النكاح والتسرى تقول : اشهدوا متى فعل زوجى كذا فقد اخترت نفسى ، فذلك لها .

وقال المغيرة : هما سواء ، ولا شىء لهما .

وهاتان المسألتان اللتان سأل عبد الملك مالكًا عن الفرق بينهما ، فقال له مالك : أتعرف دار قدامة ؟

قال الشيخ : والفرق عندى بينهما : أن الأمة إنما يجب لها الخيار إذا عتقت .

والعتق لم يقع بعد ، فقد سلمت أو أوجبت شيئًا قبل وجوبه لها ، فلم يلزم كتارك الشفعة قبل أن يستوجبها ، والحرة قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل وملكها منه ما كان يملكه فلها أن تقضى به عليه ، قبل أن يفعل إن فعل كما كان ذلك له أن يلزمه نفسه قبل أن يفعله متى فعله ، وبالله التوفيق .

في طلاق المريض ونكاحه وغير ذلك من أحكامه

ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام المريض من الحكم فى ثلثى ماله الموروث بما ينقص ورثته منه ، كان ممنوعًا أن يدخل عليهم وارثًا ، أو يخرج منهم وارثًا ، ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام القاتل الميراث بما أحدث من القتل ، ابتغاء أن لا يكون المريض مانعًا لزوجته الميراث بما أحدث من الطلاق ، ولا فرق بين وارثين ،

(1) سورة البقرة (٢٣٧) .

أحدهما يدخل فى الميراث بوجه ، فيمنع من أجله،وآخر قد أخرج بمثل ذلك الوجه.

قال الشيخ : لأن القاتل أراد أن يستوجب بفعله حقًا لم يجب له بعد فمنعه ، وكذلك المريض أراد أن يمنع بفعله حقًا عن من وجب له ، فمنعه ، وكما لم يكن للمريض أن يدخلها فى الميراث بتزويجه إياها فيه ، كان كذلك لا يخرجها من الميراث بطلاقها فيه .

وقد قضى به عثمان رضى الله عنه بمحضر المهاجرين والأنصار ، وقاله عمر ، وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما .

قال مالك : وإذا طلق المريض امرأته قبل البناء فلها نصف الصداق ، وترثه إن مات من مرضه ذلك ، ولا عدة عليها لوفاته ؛ لأنها مطلقة ، ولا عدة عليها لطلاق؛ لأنه قبل البناء .

وإن دخل بها ، ثم طلقها فى مرضه طلاقًا بائنًا فعليها عدة الطلاق ، وترثة ولا تنتقل إلى عدة الوفاة إن مات فى العدة ؛ لأن الطلاق بائنًا ، ولو كان طلاقًا يملك فيه رجعتها انتقلت إلى عدة الوفاة إن مات فى العدة .

وإن انقضت العدة قبل الوفاة فلها الميراث ، ولا عدة عليها من الوفاة ، والمطلقة في المرض لو تزوجت أزواجًا ، كل يطلقها فى مرضه لورثت كل من مات منهم وإن كانت الآن تحت زوج .

قال مالك : ومن طلق فى مرضه واحدة ، ثم صح ، ثم مرض ، فمات من المرض الثانى ، ورثته إن مات ، وهى فى العدة .

وإن كان طلاقه إياها ألبتة لم ترثه وإن مات فى عدتها إذا صح فيما بين ذلك صحة بينة ؛ لأنه يصير كأنه أوقع الطلاق فى الصحة .

قال : وإن طلقها واحدة فى مرضه ، ثم صح ، ثم مرض فأردفها طلقة ، أو أبتها لم ترثه إلا أن يموت ، وهى فى العدة من الطلاق الأول ؛ لأنه في الطلاق الثاني ليس بفار إلا أن يرتجعها من الطلاق الأول ، ثم يطلقها في مرضه الثاني فترثه وإن انقضت عدتها ؛ لأنه بارتجاعها صارت كسائر أزواجه ، وصار بالطلاق الثانى فارًا من الميراث .

والمبتوتة فى المرض إن ماتت قبله ، ثم مات من مرضه ذلك لم ترثه ، ولا يرث ميت من حى مات بعده ، ولا يرثها إن كان طلقها ألبتة ، أو واحدة ، فانقضت عدتها .

وإن قال لها في صحته : إن قدم فلان ، أو قال : إن دخلت بيتًا فأنت طالق ، فقدم ، أو دخلت فى مرضه لزمه الطلاق وورثته إن مات فيه ، وكذلك كل طلاق وقع فى مرضه بخلع ، أو تخيير ، أو تمليك أو إيلاء ، أو لعان ، فإنها ترثه .

قال مالك : وإن أقر المريض أنه طلق فى صحته ورثته ، وعليها عدة الطلاق من يوم أقر ، فإن كان إقراره بطلاق غير بائن ، ثم مات ، وهى فى العدة انتقلت إلى عدة الوفاة وورثته .

وإن انقضت عدتها من يوم أقر بما أقر به ، فلها الميراث ، ولا عدة عليها .

فصل

قال مالك : ومن قرب لحد من قطع يد ، أو رجل ، أو جلد ، فطلق امرأته حينئذ ، ثم مات من ذلك ، فإن خيف عليه من ذلك الموت فهو كالمريض .

قال مالك : وحاضر الزحف ،ومن حبس للقتل له حكم المريض فى ذلك .

قلت : فمن طلق زوجته وهو فى سفينة فى لجج البحر ، أو النيل ، أو الفرات، أو الدجلة ، أو بطائح البصرة .

قال : قال مالك : إذا أصاب أهل البحر النوء والريح الشديدة ، فخافوا الغرق، فأعتق أحدهم عبدًا فى تلك الحال ، فهو من رأس المال ، ولا يشبه هذا الخوف .

وقد روى عن مالك : إن أمر راكب البحر فى الثلث .

قال ابن المواز : والطلاق على نحو هذا من الاختلاف .

وأما المفلوج ، وصاحب حمى الربع ، والأجذم ، والأبرص ، والمقعد ، وذو الجراح ، والقروح ، فما أرقده من ذلك ، وأضناه ، وبلغ به حد الخوف عليه ، فله حكم المريض ، وما لم يبلغ به ذلك فله حكم الصحيح ، فرب مفلوج ، أو يابس الجذام يتصرف ، ويسافر .

قال ابن القاسم : فكل من لا يجوز قضاؤه فى جميع ماله فطلق فى حالته تلك فلامرأته الميراث منه ، إن مات من مرضه ذلك .

فصل

ولا تجوز الوصية للمطلقة فى المرض ، وإن تزوجت أزواجًا ؛ لأنها وارثه ، فإن قتلته .

في مرضــه خطأ بعد أن طلقها فـالدية على عاقلتهـا، وترث من ماله دون الدية، وإن قتله عمداً لم ترث من ماله، وقتلت به ، فإن عفى عنها على مال لم ترث منه أيضًا.

قال مـالك: ومن تزوج فى المرض ، ثم طلق فـيه، أو لم يطلق فـلا ترثه، وهو نكاح لا يقر، ولا صــداق لها إلا أن يكون قد دخل بهـا فى مرضه فلهـا الصداق فى ثلثه مبدءًا على الوصايا.

قال ابن القاسم: وإن سمى لها أكثر من صداق مثلها، كان لها صداق مثلها مبدءًا فى الثلث على الوصايا بالعتق وغيره إلا الدين فإنه يبدأ عليه ؛ لأنه من رأس المال.

وقيل: إن لها المسمى فى الثلث مبدءًا، وإن كان أكثر من صداق المثل.

وروى عن مالك ؛ واختلف فى الزائد على صــداق المثل ، فقيل : يبطل ، قاله ابن القاسم.

وقيل: تحاص فى الوصايا.

واختلف فيه قـول مالك إذا صح، فقال: يثبت النكاح وقال : يـفسخ وقد تقدم هذا فى كتاب النكاح.

فيمن ارتد فى مرضه ومن طلق نصرانية أو أمة فيه .

ومن كتاب الأيمــان بالطلاق قال: ومن ارتد فى مرضه فـقتل على ردته، لم ترثه ورثته المسلمون، ولا زوجته، إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث.

ومن «كتاب ابن المواز»: وإن رجع مسلمًا ، ثم مات فى مرضه فلا ترثه.

عنه قال ابن القاسم: وإن طلق المريض نصرانية ، أو أمة، ثم أسلمت النصرانية أو عتقت الأمة بعد العدة، ثم مات فى مرضه ذلك لورثتاه ، وكذلك روى عنه أصبغ فى «العتبية».

وقال سـحنون: ولا يرثانه، ولا يتـهم فى ذلك، وكذلك فى طلاق ألبـتة إلا أن يطلق واحد ويموت فى العدة بعد أن أسلمت هذه ، وعتقت هذه فرثانه، وكذلك عنه فى «كتاب ابنه» ، قال: وإن مات بعد العدة ولم يرجع لم يرثاه.

فيمن لاعن فى مرضه ثم مات والمريض بطلق زوجــته قبل البناء ثم يتزوجها قبل صحته .

ومن «المدونة»: وإن قذفهــا فى مرضه فلاعن ، ثم مات من مـرضه ذلك ورثته، وإن طلق مريض زوجــته قبل البناء، ثم تزوجــها قبل صــحته فـلا نكاح لها، إلا أن

يدخل بها ، فيكون كمن نكح فى المرض وبنى فيه.

قال سحنون فى «كتاب ابنه»: يريد: أن هذا النكاح يفسخ قبل البناء لعلة الصداق الذى يعطيها، فإذا دخل بها لم يفسخ ؛لأن الصداق وجب، بالبناء، وأما الميراث فهو ثابت، يريد: فيكون الصداق فى الثلث مبدءًا.

وقد أنكر بعض فقهائنا القرويين قول سحنون هذا، وقال: يفسخ نكاحه وإن دخل ؛ لأن صداقه إنما هو من الثلث، ولا يدرى ما يحمل الثلث منه، فكيف يقر نكاحه ويباح له وطء امرأة صداقها غير مستقر؟ وليس كالنكاح بالغرر ؛ لأن الغرر إذا بنى فيه وجب صداق المثل لا ينقص منه شىء وهذا من الثلث، ولا يدرى ما يحمل الثلث فيه.

وظاهر «الكتاب» أنه يفسخ ؛ لأنه قال: وهو كمن نكح فى المرض وبنى فيه.

قال الشيخ: إلا أن يكون له مال مأمون يكون ثلثه أضعاف صداقها ، فيصح قول سحنون.

قال أبو عمران: ولو حمل أجنبى عن الزوج صداقه، فلا يفسخ النكاح ؛ لأن الصداق قد ثبت للمرأة فى مال الأجنبى ، والميراث ثابت بالنكاح الأول.

ولو كان ذلك على وجه الحمالة ، فهى كمسألة الكتاب ؛ لأن الأجنبى إنما يطالب بالصداق فى عدم الزوج.

قال الشيخ: يجب أن يثبت ؛ لأن الصداق ثابت لها على كل حال ، فانظر.

فصل

ومن «المدونة» : **قال ربيعة**: ومن طلق فى مرضه، ثم تماثل، ثم نكس ورثته، إلا أن يصح صحة بينة.

قال ابن شهاب: ومن كان به مرض لا يعاد منه رمد ، أو جرب ، أو ريح أو، لقوة ، أو فتق فطلق حينئذ ، فإنها لا ترثه.

قال ربيعة: إنما ترثه فى المرض المخوف.

فيمن طلق إحدى زوجتيه ثم مات ولم تعلم المطلقة، أو مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى أو عن خامسة غير معلومة

قال ابن القاسم: وبلغنى عن بعض أهل العلم فيمن نكح امرأتين ، فبنى بواحدة ولم يبن بالأخرى، حتى طلق إحداهما طلقة ، ثم مات ولم تنقض العدة، وجهلت المطلقة، فللمدخول بها الصداق كاملاً وثلاثة أرباع الميراث، وللتى لم يبن بها ثلاثة

أرباع الصداق، وربع الميراث.

قال الشيخ: ووجه ذلك: أن المدخول بها قد وجب لها صداقها بالمسيس وتتداعى هي وصاحبتها في الميراث، فتقول لها: أنت المطلقة ولا ميراث لك ولي جميعه، وتقول التي لم تدخل بها: بل أنت المطلقة ولي نصفه، فقد سلمت التي لم يبن بها لصاحبتها نصف الميراث وتنازعا في النصف الباقي، فيقسم بينهما نصفين بعد [ق / ١٥٢ / ٣ب] أيمانهما، فيصير للمدخول بها ثلاثة أرباعه، وللأخرى ربعه، وتتداعى أيضًا الورثة مع التي لم يبن بها في الصداق، فيقولون لها: أنت المطلقة فلك نصف صداقك. وتقول هي: بل صاحبتي المطلقة، ولي جميعه، فقد سلموا لها النصف بلا منازعة، وتداعوا في النصف الباقي فيقسم بينهما نصفين بعد أيمانهما، فيكون لها ثلاثة أرباع صداقها.

ومن «المدونة»، قال ابن القاسم: ولو مات بعد انقضاء العدة، أو كان الطلاق ثلاثًا، أو مات قبل انقضائها، فالصداق على ما ذكرناه والميراث بينهما نصفين.

قال الشيخ : وعلة ذلك: أن كل واحدة تدعي أن صاحبتها المطلقة، والميراث لها خاصة، فيقسم بينهما نصفين بعد الأيمان ، والعلة في الصداق كما تقدم.

ومن «كتاب ابن سحنون»: ولو كان الواحدة مفوضًا إليها ، ولم تعلم وطلق واحدة، ولم تعلم ،فللمدخول بها نصف المسمى، ونصف صداق المثل، وللتي لم يدخل بها ثلاثة أثمان المسمى. قال الشيخ : ووجه ذلك: أن المدخول بها تارة يجب لها المسمى، وتارة صداق المثل، فأعطيت نصف كل صداق، والتي لم يبن بها يقول لها الورثة: أرأيت لو كنت أنت المسمى لك ،وجهل طلاقك أليس يجب لك ثلاثة أرباع الصداق على ما قدمنا. فتقول: نعم، فيقولون لها: إنك أنت المفوض لها، ولا شيء لك منه.

وتقول هي: بل صاحبتي ، ولي الثلاثة أرباع الصداق، فيقسم بينهما نصفين بعد الأيمان ، فيكون لها ثلاثة أثمان السمى ،والميراث بينهما كما تقدم في المسألة الأولى.

قال: ولو كانت المسمى لها معروفة، والمدخول بها مجهولة، فالميراث بينهما، وللمسمى لها سبعة أثمان صداقها؛ لأن نصفه ثابت بكل حال، ونصفه يثبت في ثلاثة أحوال ، ويزول في حال.

قال الشيخ: يريد: أنه يثبت في أن لا تكون مطلقة، ومات قبل البناء، ولا تكون مطلقة ، ومات بعد البناء، أو تكون مطلقة بعد البناء. ويزول في حال أن تكون المطلقة قبل البناء. قال: فيسقطه ربعه، وللتي لم يسم لها نصف صداق مثلها؛ لأن

الصداق يثبت لها فى حالين ويزول فى حالين.

قال الشيخ: يريد: أن يثبت أن يكون مدخولاً بها مطلقة، أو غير مطلقة.

ويزول إلا أن تكون مدخولاً بها مطلقة أو غير مطلقة.

قال فإن لم تعرف فالمسمى لها أيضًا.

قيل لهما: معكما مسمى لها مجهولة وجب لها سبعة أثمان المسمى كما ذكرنا، ومفوض إليها مجهولة لها نصف صداق المثل، فيقسم ذلك كله بينهما، فإن كان صداق مثلها مختلفًا، صداق هذه ستون وصداق هذه أربعون، فاجمع نصف هذا ونصف هذا يصير خمسين، يكون بينهما مع سبعة أثمان المسمى كما ذكرنا.

«ومن المدونة»: **قال ابن القاسم:** ولو نكح أمًا وابنتها فى عقدين، ثم مات ولم تعلم الأولى منهما، فإن بنى بهما فلكل واحدة [ق/ ١٥٧/ ٣أ] صداقها المسمى، ولا ميراث لهما.

م: لأن الصداق استحقاه بالدخول، وإنما لم يكن لهما شىء من الميراث؛ لأن بالدخول بهما حرمتا عليه، ووجب فسخ نكاحهما، فهما فى حكم البائنتين قبل الموت، فلم يجب لهما شىء من الميراث.

قال ابن القاسم: وإن لم يبن لهما فالميراث بينهما، ولكل واحدة نصف صداقها اتفق أو اختلف.

قال ابن المواز: بعد أن تحلف كل واحدة لصاحبتها أنها هى الأولى، لأن صداق الأولى وميراثها صحيح، فلما لم تعرف، وادعت كل واحدة أنها الأولى، وأعطيت كل واحدة نصف صداقها؛ لأنه يجب لها تارة ويسقط تارة، فوجب أن تعطى نصفه بعد يمينها، وكذلك الميراث.

ومن «المدونة» : **قال ابن القاسم:** وكذلك إن مات عن خامسة غير معلومة.

قال ابن اللباد: وعلى الأم والابنة عدة الوفاة ؛ لأن نكاح واحدة صحيح، ولا يدرى أيتهما هى، ولو بنى بهما لم يلزمهما غير ثلاث حيض استبراء،وإن بنى بواحدة معروفة فلها صداقها كله، ونصف الميراث؛ لأنها تنازع الورثة فيه، وقاله ابن حبيب.

وقال ابن المواز: لا شىء لهما من الميراث، لاحتمال أن تكون هى الآخرة فلا تورث بالشك.

قال: وقيل: لها نصفه. ولا يعجبنى.

قال ابن اللباد: وعليها من العدة أقصى الأجلين ، ولا شيء للتى لم يدخل بها من صداق ولا ميراث ، ولا عدة عليها.

قال: وإن بنى بواحدة ولم تعرف ، فلكل واحدة نصف [ق/ ١٥٣ / ٣ب] صداقها، ونصف الميراث بينهما نصفين قال الشيخ : وإنما ذلك؛ لأن المدخول بها إن كانت الأولى فنكاحها ثابت، وإن كانت هى الأخرة بطل نكاحها ونكاح الأولى، فلما ثبت الميراث مرة وسقط أخرى أعطيناهما نصفه، والصداق تنازع كل واحدة فيه الورثة، فيكون لها نصف صداقها، ونحوه لابن سحنون.

قال الشيخ: وقال شيخنا عتيق بن عبد الجليل الفقيه: وإذا هلك عن خمس نسوة، ولم تعلم الخامسة ،فالميراث بينهن أخماسًا، دخل بهن أو ببعضهن، أو لم يدخل بواحدة منهن.

وأما الصداق فإن دخل بجميعهن فلكل واحدة صداقها المسمى؛ لأنها استوجبته بالمسيس وإن لم يدخل بواحدة منهن فليس لهن إلا أربع صدقات بينهن، فيجب لكل واحدة أربعة أخماس صداقها، اختلفت الصدقات أو اتفقت ؛ وإن دخل ببعضهن فقد اختلف أصحابنا فى ذلك.

فقال بعضهم: يكمل لمن دخل بها جميع صداقها ،وتبقى من لم يدخل بها على أصل القسمة يكون لها أربعة أخماس صداقها.

وقال بعضهم : وهو الصواب ونحوه لابن سحنون: يكون لمن دخل بها جميع صداقها ،ويتداعى الورثة مع من لم يدخل بها، فيقسم ما تداعيا فيه بينهم.

وبيان ذلك: أن دخل بواحدة أن الورثة يقولون للأربع البواقى: إنما لكن ثلاثة صدقات ؛ لأن الخامسة فيكن. ويقلن النسوة: بل لنا أربع صدقات والخامسة هى المدخول بها، فلهن ثلاث صدقات بلا منازعة، ويتداعون فى الرابع فيقسم بينهم، فيكون للنسوة ثلاث صدقات ونصف، فيقسم ذلك بينهن على أربعة ، فيكون لكل واحدة سبعة أثمان صداقها ،وكذلك على قوله، لو دخل باثنتين لكان ، للبواقى تارة صداقان إن كانت الخامسة فيهن ،وتارة ثلاث صدقات إن كانت الخامسة فى المدخول بهما ، فيكون لهن صداقان ونصف، تأخذ كل واحدة منهن خمسة أسداس صداقها. ولو دخل بثلاث لكان للاثنتين الباقيتين تارة صداقان، وتارة صداق، فلهما صداق

ونصف يكون لكل واحدة ثلاثة أرباع صداقها.

ولو دخل بالأربع لقال: للورثة للباقية: أنت الخامسة فلا شيء لك. وتقول هى: بل الخامسة فى أولئك ولى جميع صداقى، فيكون لها نصفه.

قال الشيخ: فيكون على هذا القول إذا دخل ببعضهن للنسوة أربع صدقات ونصف أبدًا، فيعطى للمدخول بها جميع صداقها ، ويقسم ما بقى على من لم يدخل بها.

قال ابن حبيب: يعطى لكل و احدة ممن لم يدخل بهن نصف صداقها؛ لأن المنازعة فيه بينها وبين الورثة، والأول أصوب.

ولو طلق واحدة منهن معلومة، ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن، لكان لهن أربع صدقات إلا ربع ؛لأن الورثة يقولون للمطلقة: أنت كنت الخامسة فلا شيء لك، وإن لم تكونى فلك نصف صداقك، فتعطى ربع صداقها. ويقولون للبواقى: إن كانت الخامسة فيكن فلكن ثلاث صدقات ونصف. وإن كانت هى المطلقة فلكن أربع صدقات فيعطين ثلاث صدقات ونصفًا ، فيكون لكل واحدة سبعة أثمان صداقها وإن جهلت المطلقة قسمت الأربع صدقات للأربع بينهن، فيكون لكل واحدة صداقها إلا نصف ثمنه والله أعلم.

فى الشهادة فى الطلاق والإقرار به والدعوى فيه

قال الله عز وجل: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(١). وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عن النبى - ﷺ - قال: «إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد أخر وجاز طلاقه»(٢).

قال ابن القاسم: وإن شهد رجلان على رجل أنه طلق واحدة من نسائه معينة، وقالا: أنسيناها لم تجز الشهادة، إن أنكر الزوج ، ويحلف بالله ما طلق واحدة منهن.

وقال ابن المواز: لا يمين عليه.

قال ابن القاسم: وإن شهد أنه قال: إحداهن طالق، قيل للزوج، إن نويت واحدة تذكرها، وإلا طلقن عليك كلهن.

فإن شهد أحدهما بتطليقة ، والأخر بثلاث ، لزمته تطليقة، ويحلف على البتات

(١) الطلاق (٢) .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٠٣٤) والدارقطني في «سننه» (٣٥٤٩). وضعفه الألباني - رحمه الله -.

فإن نكل طلقت عليه ألبتة.

قاله مالك، ثم رجع فقال: يسجن حتى يحلف.

قال ابن القاسم: والطلقة الواحدة لزمته حلف أو لم يحلف.

قال مالك فى «الواضحة»: وإن شهد عليه رجل بطلقة، والأخر بالبتة، فقد اختلفا فيحلف على تكذيب كل واحد منهما ولا يلزمه شىء.

قال الشيخ [ق/ ١٥٤/ ٣ب] : وقد قال سحنون فى هذه المسألة فيمن قال مثل هذا القول، هذا خلاف قول أهل الحجاز.

قال الشيخ: ويحتمل أن يكون معنى هذه المسألة فى رواية ابن حبيب: أنهما شهدا فى مجلس واحد ولفظة واحدة،فيكون هذا تهاترًا أو يكون فى مجلس على قول من قال: إن ألبتة لا تتبعض، وأما على قول من قال: إن البتة تتبعض، فإنه تلزمه واحدة، ويحلف على البتات، كمسألة الكتاب.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن شهد أحدهما أنه حلف بالطلاق [ق/ ١٥٨/ ٣أ] أن لا يدخل الدار، وأنه دخل، وشهد الأخر أنه حلف أن لا يكلم فلانًا ،وأنه كلمه، لم تطلق عليه لاختلافهما.

قال ابن القاسم: ويلزم الزوج فى قول مالك اليمين أنه لم يطلق، فإن نكل سجن حتى يحلف كما ذكرنا.

وفى قول مالك الأول: أنه إذا نكل طلقت عليه.

قال الشيخ: يريد، أنه يلزمه بنكوله هاهنا طلقتان.

قال مالك: وكذلك الحرية فى هذا.

وإن شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس بمصر فى رمضان، وشهد الأخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة فى ذى الحجة طلقت عليه، وكذلك الحرية.

يريد: لأنه من وجه الأقول بخلاف الأفعال.

قال الشيخ: لأن الأقوال تتكرر وتعاد ، فيكون الحكم فى الثانى إعادة للأول كالإقرار بالأموال.

وذلك خلاف الأفعال؛ لأن كل فعل له حكم فى نفسه، لا يكون تكرارًا للأول، وعدتها من يوم شهد الآخر؛ لأن بشهادته وقع الحكم بالطلاق، والعدة تتعقب الطلاق

المحكوم به لا تتقدم عليه.

قال الشيخ: وإنما تصح الشهادتان فى البلدين إذا كان بينهما من المدة قدر مسافة ما بين البلدين فأكثر.

فأما لو شهد أنه طلقها يوم الخميس فى رمضان بمصر، وشهد الأخر أنه طلقها فى الخميس الثانى بمكة، فهذا تكاذب فتسقط الشهادتان وهذا بيّن.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإذا شهد أحدهما أنه قال فى رمضان: إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتى طالق ، وشهد الأخر أنه قال ذلك فى ذى الحجة ، وشهدا عليه هما أو غيرهما أنه دخلها بعد ذى الحجة، طلقت عليه.

وإن شهدا عليه جميعًا في مجلس واحد أنه قال: إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتى طالق، وشهد أحدهما أنه دخلها فى رمضان، وشهد الأخر أنه دخلها فى ذى الحجة طلقت عليه ، كمن حلف بالطلاق ألا يكلم فلانًا، فشهد عليه رجل أنه كلمه فى السوق وأخر أنه كلمه فى المسجد حنث، وكذلك يمينه بالعتق. وإنما الطلاق حق من الحقوق، وليس هو حدًا من الحدود.

قال الشيخ: يريد بالحد الشهادة على الزنا إنها لا تجوز إلا على فعل واحد ووقت واحد.

ابن المواز: ولو شهدوا أنه دخلها لزمته اليمين، ولو شهد واحد على يمينه وأخر على دخوله ، فلا يمين عليه، حتى يشهد اثنان على فعل أو يمين، فيحلف على تكذيب الشاهد الباقى، ولو شهد واحد بيمينه وبدخوله، فيحلف أنه ما حلف أو ما دخل، يحلف على أيهما شاء.

ومن «المدونة»: وإن شهد أحدهما بالبتة، والأخر بقوله: أنت علىّ حرام، أو بالثلاث لزمته الثلاث وكذلك واحد بخلية وأخر ببرية.

قال مالك: وإذا اختلفت الألفاظ فى الشهادة وكان المعنى واحدًا كانت شهادة واحدة.

وإن شهد واحد أنه طلق ألبتة، وشهد الأخر أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وشهد هو وآخر أنه دخلها لم تطلق عليه؛ لأن هذا شهد على فعل وهذا على إقرار.

وإن شهد أحدهما أنه طلقها على عبدها فلان، وشهد الأخر أنه طلقها على ألف

درهم، فقد اختلفا ولا تجوز.

قال سحنون فـى غير المدونة: هذا إذا كان الزوج والزوجـة منكرين لشهادتهـما، وأما إن ادعى الزوج شهادة أحدهما، فإنه يحلـف معه ويأخذ ما شهد له به، ويحلف على شهادة الآخر أنه ما طلقها.

يريد: إذا أنكرت المرأة شهادة شاهده وادعت شهادة الأخر.

قال ربيعة: ومن شهد عليه ثلاثة ، يقر كل واحد بطلقة ليـس معه صاحبه، فأمر أن يحلف فأبى، فليفرق بينهما، وتعتد من يوم نكل، ويقضى عليه بالطلاق ،قال أبو محمد: أراه يريد أنه يلزمه بالنكول الثلاث.

قال الشيخ: وقول ربيعة هذا خلاف لقول مالك ؛لأن مالكًا لا يحلفه ويلفق عليه الشهادات فيلزمه واحدة ؛لأنه من وجه الإقرار، كما قال فى الذى شهد عليه رجل أنه طلق يوم الخميس، وشهـد عليه أخر أنه طلقها يوم الجمعة فلفق عليـه الشهادة وألزمه طلقة، فكذلك يلزمه فى هذا.

قال أبو مـحمد: ولو شهـدوا أن ذلك فى وقت واحد لزمته واحـدة، ولم يلزمه يمين، وإن ورخـوا كلهم وقـتًا واحـدًا كـانت [ق/ ١٥٥/ ٣ب] العـدة منه لا من يوم الحكم. ولو ورخ كل واحد منهم تاريخًـا مختلفًا، لاعتـدت من التاريخ الثانى، ولو اتفق على تاريخ قديم ، أو حديث كانت العدة منه.

ولو أقر الزوج بتاريخ قديم والبينة بتاريخ حديث، كانت العدة من الحديث.

قال ابن المواز: وإن شهد شاهد أنه طلقها طلقة عام أول، وشهد الأخر أنه طلقها طلقة العام لزمته واحدة.

قال : وقال ابن القاسم: وإن شهد شاهدان بطلقة وآخران بطلقة فى مجالس مـتفرقة، والزوج يقول: هى واحـدة أشهدتهم بها، فـلا ينفعه وهى ثلاث، وذلك كشهادتهم بالمال.

وقال أصبغ: أرى أن يحلف، ولا يلزمه إلا طـلقة إذا كان قـوله لكل شاهدين: اشهد أنى طلقتها، ولو قال: اشهد أنها طالق، لزمته ثلاث.

قال الشيخ: ولو قال قائل: ذلك سواء، ولا يلزمـه إلا طلقة واحدة، ويحلف، لكان صوابًا.

كـما لو قـال لهـا فى مـجلس واحد: أنت طالـق، أنت طالق، أنت طالق: أنه ينوى، وكالذى طلق امرأته فقال له رجل: ما صنعت؟ فقال: هى طالق. أنه نواه، إن نوى إخباره، فكذلك هذا.

قال أصبغ: وأما الديون فـإن كانت بغير كـتاب فذلك، مال واحـد: إذا تقاربت أوقات الشهادة ، كمن يشهد هاهنا، ثم يقـوم فيشهد ها هنا ،ولو كانت بكتاب واحد كان مالاً واحدًا، ولو كانت بكتب متفرقة كانت ثلاثة أموال.

ومن «**المدونة**»: **قال ابن شـهاب:** وإن شهـد واحد بواحدة ، وآخـر باثنين وآخر بثلاث، لزمته اثنتان. يريد: ويحلف على الطلقة الثالثة مع الذى شهد بثلاث.

فصل

قال مالك: وتجوز شهادة الأعمى على معرفة الصوت فى الطلاق وغيره ، وكذلك من سمع جاره من وراء جدار يطلق ، وإن لم يره ولم يشهده، وكذلك القذف يمر به فيسمعه، فليشهد به، وإن لم يشهده . وتجوز شهادة المحدود فى القذف على الطلاق إذا حسنت حالته ، وكان صالحًا فزاد صلاحًا.

ولا تجوز شهادة ذمى على مسلم ، أو ذمى ، ولا تجوز شهادة السيد على طلاق عبده زوجته، وهى أمة للسيد أو غيره أو حرة، ولا مع رجل يشهد معه؛ لأنه عيب يتهم على إزالته، ولا تجوز شهادة النساء فى الطلاق، وإن شهدن مع رجل ؛ لأنها شهادة على حكم يثبت فى البدن كالقتل، ولا تجوز شهادتهن إلا فى الأموال، وفيما يغبن عليه كالولادة والاستهلال والعيوب، وتمام هذا فى كتاب الشهادات.

ولو شهد رجلان على رجل أنه أمرهما أن ينكحاه أو يبيعا له بيعًا ، وأنهما قد فعلا وهو ينكر، لم تجز شهادتهما؛ لأنهما خصمان.

ولو أقر لهما بالوكالة، وقال لهما: لم تفعلا، وقالا: قد فعلنا، فالقول قولهما.

وإن شهد قوم على رجل أنه أعتق عبده، والعبد والسيد ينكران، فالعبد حر، إذ ليس للعبد أن يرق نفسه.

ومن أقر أنه فعل كذا ، ثم حلف بالطلاق أنه ما فعله، وقال: كنت كاذبًا فى إقرارى ، صدق مع يمينه، ولا يحنث، ولو أقر بعد يمينه أنه قد فعل ذلك، ثم قال: كنت كاذبًا لم ينفعه ولزمه الطلاق بالقضاء.

قال الشيخ: لأن الأول إنما حلف بالطلاق أنه كذب فيما أقر به، فلا تطلق عليه امرأته، ويحلف بالله ـ عز وجل ـ أنه كذب.

والثانى أنه أقر أنه حنث فى يمينه بالطلاق، فوجب أن يطلق عليه.

قال ابن القاسم: فإن لم تشهد [ق/ ١٥٩/ ٣أ] البينة على إقراره بعد اليمين، وعلم هو أنه كاذب فى إقراره عندهم بعد يمينه، حل له المقام عليها بينه وبين الله تعالى، ولم يسع امرأته إن سمعت إقراره هذا المقام معه، إلا أن لا تجد بينة ، ولا سلطانًا فهى كمن طلقت ثلاثًا ولا بينة لها، فلا تتزين له ، ولا يرى لها شعرًا ولا وجهًا إن قدرت، ولا يأتيها إلا وهى كارهة، ولا تنفعها مرافعته ولا يمين عليها إلا بشاهد.

قال مالك: ومن طلق زوجته في سفره ثلاثًا ببينة، ثم قدم قبل البينة فوطئها، ثم أتت البينة فشهدوا بذلك، وهو منكر الطلاق ومقر بالوطء ، فليفرق بينهما ولا شيء عليه.

قال يحيى بن سعيد: ولا يضرب.

يريد: الحد.

قال سحنون: ولو شهد أربعة أنه طلقها، وأقر الزوج بالوطء بعد وقت الطلاق، وجحد الطلاق ، حددته.

ولو قالوا : نشهد أنه طلقها ، ثم وطئها حددته أيضًا.

وقد روى عن مالك فيمن شهد عليه أربعة عدول أنه طلق امرأته ألبتة، وأنهم رأوه يطؤها بعد ذلك، وهو مقر بالمسيس أنه يفرق بينهما ولا حد عليه.

ـ **قال سحنون:** وأصحابنا يأبون هذه الرواية، ويرون عليه الحد.

قال الشيخ [ق/ ١٥٦/ ٣ب]: وقول سحنون في إيجاب الحد عليه خلاف «للمدونة» في التي شهدت عليه البينة في سفره.

وقد اختلف قول ابن القاسم وأشهب في الأمة يعتقها في سفره، وتشهد بينة على ذلك، ثم يقدم فيطؤها ويستغلها، فاختلفا في الغلة ، واتفقا أن لا حد عليه، ولا فرق بين هذه وبين الحرة والله أعلم.

ومن «المدونة»: وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها، وأقامت شاهدًا لم تحلف معه، ولا يقضى بشاهد ولا يمين في طلاق ،ولا قذف ،ولا نكاح، ولا عتق، إلا في الأموال وجراح العمد والخطأ، يحلف مع شاهده ويقتص في العمد، ويأخذ العقل في الخطأ ، كما يقسم مع الشاهد الواحد في قتل العمد والخطأ ويستحق مع ذلك القتل في العمد والدية في الخطأ.

قال يحيى بن سعيد: من طلق وأشهد ،ثم كتم هو والبينة ذلك إلى حين موته، فشهدوا بذلك حينئذ، فلا تجوز شهادتهم إن كانوا حضورًا ويعاقبون ولها الميراث.

ومن «كتاب ابن المواز»: وإذا ماتت المرأة فشهدوا أن الزوج كان طلقها ألبتة، فلا يرثها، وإن كان إنما مات هو ورثته .

قال الشيخ : جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض؛ لأن الطلاق إنما يقع يوم

الحكم، ولو كان يوم القول لكان فيه الحد.

وقاله مالك: فى الذى طلق فى سفره، ثم قدم فوطئ، ثم قامت عليه البينة وهو منكر لا يحد ويفرق بينهما.

وكذلك فى سماع ابن القاسم: أنه إن ماتت لم يرثها، وإن مات ورثته.

قال سحنون: لعل البينة كانوا حضوراً معه فلم يقوموا عليه حتى مات.

قال الشيخ: يجب على هذا أن لا يثبت طلاقه وترثه ويرثها. وقد رواها عيسى عن ابن القاسم عن مالك: إن الشهود إن كانوا غيبًا سنين، ثم أتوا بعد موته فشهدوا. قال: ترثه، وما يدريك ما كان يدرأ به عن نفسه. أرأيت لو كان حيًا ولم يقر أترجمه؟.

وقال يحيى بن عمر: لا ترثه.

وذكر الأبهرى هذه المسألة على ما قد بينا من التفرقة بين موته وموتها، ثم قال: يحتمل أن يكون معنى المسألة: إذا طلقها فى مرضه ، بل المسألة كذلك أن يطلقها فى مرضه ثلاثًا فترثه ولا يرثها.

ومن «المدونة»: ومن ادعى نكاح امرأة وأنكرت ، فلا يمين له عليها ، وإن أقام شاهدًا، ولا تحبس، ولا يثبت النكاح إلا بشاهدين، وقد تقدم هذا فى «كتاب النكاح» أتم مما هاهنا.

وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها، لم يحلف الزوج وترك وإياها.

قال الشيخ: لأن ذلك طريق إلى دعوى من تريد أذى زوجها وفراقه وإعناته فى كل وقت.

قال ابن القاسم: وإن أقامت شاهدًا حلف الزوج ،ومنع منها حتى يحلف، وكذلك روى فى الحديث ، فإن نكل ، فروى عن مالك: أنها تطلق عليه مكانه، وعدتها من يوم الحكم.

قال الشيخ: لأن نكوله كشاهد أخر. وروى ذلك عن النبى - عليه الصلاة والسلام -، وروى عن مالك أيضًا أنه يحبس أبدًا حتى يحلف أو تطلق عليه.

قال ابن القاسم: وبلغنى عنه أنه قال: إذا طال سجنه دين وخلى بينه وبينها، ولم تطلق عليه وإن لم يحلف وهو رأيى.

قال الشيخ : فوجه قوله : أنه يحبس حتى يحلف؛ لأن الشاهد والنكول أضعف

من الشاهد واليمين، فلما لم يحكم بشاهده ويمين فى الطلاق كان أن لا يحكم بالشاهد والنكول أولى.

والحديث إذا وردت فيه زيادة تردها الأصول، كانت الأصول أولى.

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا: اعلم أن المرأة إذا أقامت على زوجها شاهدًا واحدًا بالطلاق، فحلف الزوج ثم وجدت شاهدًا أخر أنه يلفق إلى الأول، ويقضى بشهادتهما على الزوج بالطلاق.

وكذلك العبد يقيم شاهدًا على سيده بعتقه فينكر ويحلف ، ثم يجد العبد شاهدًا آخر ، فإنه يلفق مع الأول ، ويقضى بعتق العبد، وهذا منصوص لأهل المذهب، وإذا أقامت بطلاقه شاهدًا فأبى أن يحلف، فسجن على أحد الأقاويل.

فقال ابن نافع فى «كتاب ابن مزين»: إذا أبى أن يحلف، وطال ذلك على المرأة، ضرب له أجل الإيلاء.

وقال الشيخ أبو عمران: لا يدخل عليه الإيلاء فى هذا على ما فى «المدونة».

ألا ترى أنه قال: يسجن أبدًا حتى يحلف، ففى قوله هذا دليل على أن لا مدخل للإيلاء فى هذا.

ألا ترى، أن [ق/ ١٥٧/ ٣ب] الغائب إذا لم يترك لزوجته نفقة ، أو الحاضر إذا امتنع من الوطء لا يكون فيه الإيلاء.

قال بعض فقهائنا: وما اعتل به أبو عمران لا يلزم ؛ لأن الزوج إن امتنع من الوطء مطلوب به ، ومطلوب بالنفقة ، فالحاكم يطلق عليه، إن لم تصل المرأة إلى ذلك، فيرتفع الضرر عنها.

وفى مسألة ابن نافع: إن لم يدخل عليه الإيلاء فالمرأة تبقى أبدًا بلا وطء، والزوج يستطيع دفع ذلك باليمين ، فتركه ضرر بها. فقول ابن نافع لذلك حسن، ولا حجة لمسألة «المدونة»: أنه يسجن أبدًا ؛ لأن المرأة لم تقم عليه بالوطء ، ولو أقامت عليه لضرب له أجل الإيلاء والله أعلم.

ومن «المدونة»: وامرأتان فى ذلك بمنزلة رجل واحد تحلف إذا كانتا ممن تجوزان شهادتهما فى الحقوق، وكذلك فى الحرية.

قال فى «كتاب العتق»: ولا تجوز فى ذلك شهادة أم المرأة أو عمتها أو خالتها،

وليس ذلك مثل الحقوق، ولا تحلف الزوجة أو العبد مع الشاهد فى هذا ، ولا يقضى بشاهد ويمين فى ذلك ؛ لأن الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ إنما قضى به فى الأموال، والطلاق فى معنى الحدود.

ومن «العتبية»، **قال سحنون:** فى المرأة تدعى أن زوجها طلقها ولا بينة لها ، ثم مات الزوج فطلبت ميراثها منه ، وقالت: كنت كاذبة فيما ادعيت. قال: لها الميراث.

قال: وكذلك إذا جحدت النكاح، ثم أقرت بعد موته، فلها الميراث.

ثم قال: لا أرى لهذه ميراثًا، بخلاف المدعية الطلاق؛ لأن هذه لم يثبت لها عقد نكاح.

قال أبو بكر بن اللباد: وقال بعض رواة أهل المدينة: إن أكذبت نفسها بعد موت زوجها مدعية الطلاق فلا ميراث لها، وإن أكذبت نفسها [ق/١٥٨/٣ب] فى حياته ثم مات فلها الميراث.

وقال سحنون: فى التى تدعى طلاق زوجها ألبتة ولا تثبت ذلك، ثم تفتدى منه، ثم تريد تزويجه قبل زوج، وتزعم أنها كذبت أولاً، قال: لا يقبل قولها ، ولا تنكحه إلا بعد زوج، وليس كالميراث.

وروى أصبغ عن ابن القاسم ونحوه.

ومن **«كتاب ابن المواز»**: وقال فى الأمة: تعتق وهى تحت عبد فتختار نفسها، ولا نية لها : فهى واحدة بائنة.

قلت: فإن قالت بعد أن اختارت: إنما أردت النية. قال: لا يقبل منها ما لم يتبين ذلك عند اختيارها فى الحكم، ويقال لها: إن كنت صادقة فلا تتزوجيه إلا بعد زوج، الأمر فى ذلك إليك. وليتورع هو عنها.

قال محمد: ولم يعجبنا هذا الجواب، بل يمنع منها إلا بعد زوج، وهى كالمرأة تقر، وقد ملكت نفسها بخلع، أو صلح أن زوجها كان طلقها ألبتة، فلا تمكن منه إلا بعد زوج. وكذلك التى تدعى أن زوجها كان طلقها ألبتة وهو ينكر، ثم يصالحها وتبين منه بعد طلقة فتريد تزويجه وتقول: كنت كاذبة، وإنما أردت الراحة منه. فإن لم تكن ذكرت ذلك بعد أن بانت منه، لم تمنع من نكاحه وأمرها إلى الله ـ عز وجل وإن أقرت بعد أن بانت منه، بأنه كان طلقها البتة منعت منه حتى تنكح زوجًا غيره.

قال ابن المواز: والتى تزعم أن زوجها طلقها ولا بينة لها، فلتفتد منه بما قدرت

عليه، وإن قدرت على ضربه وقتله إذا أرادها فلتفعل ، وهو كالعادى والمحارب وبالله التوفيق ، ولا رب غيره لا إله إلا هو.

كمل كتاب الأيمان بالطلاق بحمد الله تعالى وحسن عونه وتوفيقه الجميل وبمنه، وصلى الله وسلم على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم

كتاب الظهار

جامع القول فى الظهار وما يلزم منه وما لا يلزم

قال الله - تبارك وتعالى -: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾(1).

وقال القاضى عبد الوهاب: فالظهار يحرم بهذه الآية وفيها على تحريمه أدلة، أحدها: إكذابهم فى تشبيههم الزوجة بالأم،

والثانى: إخباره بأنه منكر من القول وزور.

والثالث: إخباره تعالى بأنه يغفر ويعفو عنه.

قال أبو داود: ونزلت آية الظهار فى شأن خويلة بنت مالك، قالت: ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت، فجئت رسول الله - ﷺ - أشكوا إليه، ورسول الله - ﷺ - يجادلنى فيه ويقول لى: اتق الله فإنه ابن عمك، فما برحت حتى نزل القرآن، ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي(2)﴾(3) قال الشيخ: ومن أوجبه على نفسه لزمه، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾(4)، فقد ألزمه الله تعالى الظهار، وأوجب عليه الكفارة إن أراد العودة من قبل أن يتماسا.

والدليل: أن العودة إرادة الوطء لا نفس الوطء أنه أوجب فيه الكفارة قبل الوطء، لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾(5)، وهو الصحيح [ق/ ١٦١/ ٣أ] من قول مالك.

---

(1) المجادلة (٢).

(2) المجادلة (١).

(3) أخرجه أبو داود (١٩٣١) والبيهقي في «الكبرى» (١٤٢٦٦).

(4-5) المجادلة (٣).

قال الشيخ : ويحتمل أن يكون أراد به الوطء ؛ لأنهم حرموا على أنفسهم الوطء بالظهار ،فإذا عادوا إليه لزمتهم الكفارة من قبل أن يتماسا ثانية ، ولا وجه لقول من قال : إن العودة إعادة قول الظهار، لأن القول الأول إما أن يكون أوجب للتحريم فالكفارة تجب بإزالة التحريم، وهو بالعزم على الوطء أو بالوطء نفسه [ق/١٥٩/٣ب] أو يكون القول الأول لم يوجب تحريمًا، فالقول الثانى مثله، ولا تجب به فى الوجهين كفارة، وذلك خلاف القرآن فيبطل ما قالوه.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم : فيمن قال لامرأته : أنت على كظهر أمى، فهو مظاهر، قال الشيخ : وهذا صريح الظهار .

قال مالك: ومن ظاهر بشىء من ذوات محارمه من نسب أو رضاع فهو مظاهر.

ابن القاسم: وإن ظاهر من صهر فهو مظاهر قال الشيخ : لأن هؤلاء كلهن محرمات على التأبيد كالأمهات فقال: وإن قال لها: أنت على كرأس أمى، أو كقدمها، أو كفخذها ونحوه فهو مظاهر ، قال الشيخ : لأنه عضو من ذات محرم كالظهر.

قال: وقد قال مالك فيمن قال: أنت على مثل أمى ، أنه مظاهر.

وقال بعض كبار أصحاب مالك: إذا وجدت القائل لزوجته : رأسك طالق، أصبعك طالق، يدك حرام، فرجك حرام، بطنك حرام ،قدمك حرام ، يجب عليه فى ذلك الطلاق.

كما أن القائل لزوجته: رأسك على كظهر أمى مظاهر، وكذلك فى العضو والبطن والفرج والظهر، وكذلك فى ذوات المحارم ويلزمه بكل ذلك الظهار.

قال مالك: ولو قال لها : أنت على حرام مثل أمى ، ولا نية له فهو مظاهر.

قال ابن القاسم: وقوله : حرام كأمى عندى مثله ، وهذا مما لا اختلاف فيه، قيل له : لم جعله مالك مظاهراً ولم يجعله ألبتة، وهو يقول فى الحرام أنه ألبتة؟ قال: لأنه جعل للحرام مخرجًا حين قال: مثل أمى.

قال غيره من كبار أصحاب مالك: ولا تحرم به ؛ لأن الله ـ عز وجل ـ أنزل الكفارة فى الظهار ، ولا يعقل من لفظ فيه شيئًا سوى التحريم.

وروى ابن نافع عن مالك نحوه.

قال ابن القاسم: ولو لم يذكر أمه كان البتات فى قول مالك، قال فى «كتاب ابن المواز»: قوله: أنت على حرام كأمى ، أو مثل، أمى ، أو أحرم من أمى ظهار ما لم يرد به الطلاق.

وكذلك عنه فى سماع ابن القاسم. **وقاله ابن القاسم** . وروى عنه عيسى: فى أنت أحرم من أمى أنها ألبتة.

قال ابن المواز : قال عبد الملك فى قوله : أنت أحرم من أمى ينوى الطلاق أنه الظهار ، وقد قصد القائلون بالظهار والتحريم، ولم يعرفوا غيره، فأنزل الله - عز وجل فيه الكفارة.

قال ابن المواز: إنما هذا فيمن سمى الظهر عند مالك، فأما من لم يسمه فيلزمه ما نوى، فإن لم ينو شيئًا فهو مظاهر.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإن قال لها: أنت على كظهر فلانة ،لامرأة أجنبية فهو مظاهر.

قال ابن القاسم: وسواء كانت ذات زوج أم لا.

وقال غيره: هى طالق، ولا يكون مظاهرًا وهو قول عبد الملك.

فوجه قول ابن القاسم فى ثبوته :أنه يشبه امرأته بظهر محرم عليه كالأم.

ووجه قول عبد الملك : أن الظهار يتعلق بتحريم مؤبد، وذلك منتف فى الأجنبية، والتشبيه بهذا يقتضى أنها تحرم عليه كتحريمها، وذلك لا يكون إلا بالطلاق؛ ولأن الظهار إنما نزل فى التشبيه بذوات المحارم، فلا يعدى به بابه ، ويلزم من ظاهر بغيرهن ما ألزمه نفسه من أنها تحرم عليه كالأجنبية ، وذلك لا يكون إلا بالطلاق كتشبيهه إياها بالدم ولحم الخنزير، ولا ينوى به غيره.

وإن نوى به الظهار، إلا أنه إن قال: نويت به الظهار، لزمه الظهار.

وإن تزوجها بعد زوج أخذه بالبتات بإقراره وبالظهار بنيته.

وقول ابن القاسم أولى ؛ لأن الأم تحريمها تحريم مؤبد ، والأجنبية قد تحل له يومًا ما ، فلا تكون أشد حالاً من الأم إذا سمى الظهر.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: وإن قال لها: أنت على كفلانة الأجنبية، ولم

يذكر الظهر فهو البتات، وإن قال: كفلانة فى ذوات المحارم فهو ظهار؛ لأن هذا وجه الظهار ، إلا أن يريد التحريم فهو البتات،

م: اعرف قوله : إلا أن يريد التحريم فهو البتات ، أنه بخلافه إذا سمى الظهر فى ذوات المحارم، أنه ظهار وإن نوى به التحريم.

قال بعض أصحابنا: وإن جاء مستفتيا ، وقال: أردت فى الأجنبية الظهار صدق، قال: وإنما مضى مسألة الكتاب، إذا قال: لم تكن لى نية أو شهدت عليه بذلك بينة، فقال: أردت بذلك الظهار ، فإنها تطلق عليه ، ثم إن تزوجها بعد زوج لزمه الظهار [ق/ ١٦٠/ ٣ب] بما نوى فى أول قوله.

وقال ابن المواز : قال مالك وأصحابه: إذا سمى الظهر فى الأجنبية فهو ظهار، وإن نوى به الطلاق، وإن قال: كفلانة، وهى أجنبية. فقال عبد الملك: هو طلاق ، ولا ينفعه إن أراد الظهار ، وكذلك قوله: أحرم من فلانة.

وقال أشهب: هو ظهار، إلا أن يريد به الطلاق. وهذه الرواية أعدل إذا سمى الظهر فى الأجنبية أنه يكون مظاهراً، بلا اختلاف من مالك وأصحابه.

قال ابن سحنون: قال أصبغ: وقيل فى التظاهر بالأجنبية لا يلزمه ظهار؛ لأنه يحل له نكاحها.

وقال مالك وأصحابه: هو مظاهر؛ لأنها فى وقته عليه حرام.

قال سحنون: وإن قال لامرأته : أنت على كظهر فلانة الأجنبية إن دخلت الدار، ثم تزوج فلانة ، ثم دخل الدار ، فلا شيء عليه.

قال أبو محمد: انظر : إن دخل الدار ثم تزوجها قبل أن يكفر قال الشيخ : والذى أرى أن الظهار قد لزمه بدخول الدار، ولا يلزمه تزويج الأجنبية كما لو ماتت الأجنبية بعد دخوله الدار.

قال ابن القاسم: وإن قال لها: أنت على كظهر أبى أو غلامى، فهو مظاهر، وقاله أصبغ.

وقال ابن حبيب: لا يلزمه ظهار ولا طلاق ، وإنه لمنكر من القول.

قال: وإن قال: أنت على كأبى أو كغلامى، فهو تحريم.

م: والصواب ما قاله ابن القاسم؛ لأن الأب والغلام محرمان عليه كالأم وأشد،

ولا وجه لقول ابن حبيب لا فى أنه لم يلزم الظهار ولا الطلاق إذا سمى الظهر، ولا فى أنه ألزمه التحريم إذا لم يسم الظهر؛ لأن من لا يلزمه فيه شيء إذا سمى ظهر لا يلزمه شيء إذا لم يسم الظهر، كتشبيهه زوجته بزوجة له أخرى أو أمة له.

ومن «المدونة»: **قال ربيعة:** وإن قال لها : أنت على مثل كل شيء حرمه الكتاب فعليه الظهار ؛ لأن الكتاب حرم عليه أمه وغيرها مما حرم الله ـ عز وجل ـ.

وقال بقول ربيعة ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ،وقال ابن نافع: بل هو البتات ؛ لأن الكتاب حرم الميتة والخنزير وغيرهما.

م: والقياس عندى أن يلزمه الظهار والطلاق ثلاثًا ، وكأنه قال لها : أنت على كأمى، وكالميتة، والدم ولحم الخنزير ، فيلزمه الظهار بتشبيهه بالأم والتحريم بالميتة والدم وغيرهما فتطلق عليه الآن ثلاثًا، فإن تزوجها بعد زوج لزمه الظهار.

ومن «المدونة» : **قال ربيعة وابن شهاب:** وإن قال لها: أنت على كبعض ما حرم على من النساء فذلك ظهار.

قال سحنون فى «العتبية»: إن قال لها [ق/ ١٦٢/٣أ] أنت أمى فى يمين أو غير يمين فهو ظهار قال محمد : إلا أن ينوى به الطلاق، فيكون البتات، ولا ينفعه إن نوى واحدة.

قال سحنون: إن قال : إن وطئتك وطئت أمى ، فلا شيء عليه. وإن قال: يا أمه ويا أخته ، فلا شيء عليه.

قاله ابن القاسم فى « المدونة » .

ومن الظهار **قال مالك:** ومن تظاهر من أمته ، أو من أم ولده أو من مدبرته ، فهو مظاهر لعموم الآية ، وقاله على بن أبى طالب ـ رضى الله عنه ـ وغيره.

قال ابن شهاب: قال الله تعالى: ﴿ **وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ** ﴾. فالسرية من النساء وهى أمة.

وقال أبو حنيفة والشافعى : لا ظهار فى ملك اليمين والحجة عليهما ما قدمنا فى الكتاب والسنة.

ومن «**المدونة**»: وإن تظاهر من معتقه إلى أجل لم يكن مظاهراً.

قال أبو محمد: وكذلك من أمة يملك بعضهما ؛ لأنهما لا يحلان له.

قال مالك: وإن تظاهر الذمى من امرأته، ثم أسلم لم يلزمه الظهار كما لا يلزمه طلاق فى الشرك ، والظهار ناحية الطلاق.

قال مالك: وكل يمين كان عليه من طلاق أو عتاق أو صدقة أو شيء من الأشياء فهو موضوع عنه إذا أسلم، قال الله ـ عز وجل ـ ﴿**لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ**﴾(١) فكما كان الشرك يحبط جميع أعماله فى الإسلام، كان الإسلام يحبط جميع أعماله فى الشرك، وقد قال الرسول ـ ﷺ ـ: «**الإسلام يَجُب ما قبله**»(٢).

ومن «المدونة» : قال مالك: والمجوسيان إذا أسلم الزوج، ثم ظاهر منها أو طلق مكانه، ثم أسلمت بقرب إسلامه، فذلك يلزمه ؛ لأنها لم تخرج من ملك النكاح الذى ظاهر فيه أو طلق، ألا ترى أنها تكون عنده لو لم يطلق على النكاح [ق/ ١٦١/ ٣ب]. الأول بلا تجديد نكاح من ذى قبل.

قال ابن المواز: ولا يلزمه ذلك عند أشهب، لأنها قبل إسلامها غير زوجة. وقول ابن القاسم أولى؛ لأن إسلامها بالقرب يقر نكاحها الأول بغير تجديد نكاح، فكأن الفرقة لم تقع بعد.

قال بعض الفقهاء: والفرق بين من ظاهر من مكاتبته ثم عجزت بقرب ظهاره منها أنه لا شىء عليه، وبين المجوسى يسلم عن مجوسية فظاهر منها ثم تسلم هى بالقرب أن الظهار يلزمه : أن المكاتبة اشترت نفسها، وتميزت عن وطئه وهذه هى زوجة بعد إسلامه فى حال ظهاره لم تخرج من عصمته بعد، والمكاتبة كالأجنبية، وإن كان قد تعجز ، والأجنبية قد تتزوجه، ثم لا يلزمه فيها ظهاره المتقدم.

وعلى قول أشهب: إن المسألتين سواء، لا يحتاج فيهما إلى فرق.

وقال بعض أصحابنا: إنه إن تظاهر من معتقة إلى أجل أو مكاتبة أو أم ولد أو أمة فيها شرك فتزوجهن بعد العتق ، إن ذلك الظهار يلزمه فيهن، فلا يطأ حتى يكفر.

---

(١) الزمر (٦٥).

(٢) أخرجه أحمد (١٧٨٤٦) والبيهقي في «الكبرى» من حديث عمرو بن العاص ـ رضي الله عنه.

وكذلك إن عجزت المكاتبة وهذا عندى غلط؛ لأن الله تعالى إنما ألزم الظهار فيمن يحل له وطؤها وتصح منه العودة، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾(١) فأما من ليس له فيها عودة ولا يحل له وطؤها فليس من ذلك ؛ ولأنه إنما حرم حرامًا، فلم ينقلها عما كانت عليه، والآخر حرم حلالاً، فأباحت له الكفارة ما حرم.

ولا فرق بينها وبين الأجنبية لعلة اجتماعهما فى منع الوطء وتحريمه، ولا حجة له بإرتفاع الحد عنه فى وطء المكاتبة؛ لأنه وطء حرام لا تصح العودة فيه.

ومن «المدونة»: وإذا تظاهرت امرأة من زوجها لم تكن مظاهرة.

ابن المواز: وكذلك إن أجابته به فى تمليك.

م: لأن الله ـ عز وجل ـ إنما جعل الظهار والطلاق للرجال، بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ﴾(٢) بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾(٣) وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾(٤)، ولا مدخل للنساء مع الرجال فى ظهار أو فى طلاق أو تمليك إلا أن يجعل لهن ذلك.

ومن «المدونة»: ولا يلزم الصبى ولا المعتوه الذى لا يعقل ولا المكره ظهار ولا طلاق ولا عتق، لقوله ـ ﷺ ـ « **رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق**(٥)».

وقال ـ ﷺ ـ «**حمل عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»(٦) ؛ولأن المكره غير قاصد لما استكره عليه».

(١-٢) المجادلة (٣).

(٣) البقرة (٢٣٧).

(٤) البقرة (٢٣٠).

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤٠٣) والترمذي (١٤٢٣) وابن ماجه (٢٠٤٢) وأحمد (٩٤٠) والحاكم (٨١٧٠) والطيالسي (٩٠) والبيهقي في «الكبرى» (٤٨٦٨) من حديث عليّ رضي الله عنه.

(٦) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٥) وابن حبان (٧٢١٨) والحاكم (٢٨٠١) والطبراني في «الكبير» (١١٢٧٤) وفي «الأوسط» (٢١٣٧) والبيهقي في «الكبرى» (١٤٨٧١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

وقد قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**إنما الأعمال بالنيات**»(١).

وقال تعالى: ﴿ **إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ** ﴾(٢).

---

(١) أخرجه البخاري (١) ومسلم (١٩٠٧) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) النحل (١٠٦).

فصل

ومن كتاب ابن المواز: والسفيه إذا ظاهر لزمه ونظر له وليه فى أن يكفر عنه أو يطلق عليه ويزوجه غيرها ، وقاله سحنون.

ابن المواز: وقيل : يصالح عنه قال أصبغ : ولا يجزئه إلا العتق إن كان له مال.

فإن لم يكن له مال صام، ولا يمنع من الصوم، فإن أبى فهو مضار،

وقال ابن المواز: إذا لم ير له وليه أن يكفر بالعتق فله هو أن يكفر بالصيام. قال: ولو رأى له وليه أن يكفر عنه بالعتق، فكفر به، ثم ظاهر ثانية فلا يعتق عليه ثانية. قال: فإن لم ير له أن يكفر بالعتق طلق عليه من غير أن يضرب له أجل الإيلاء.

ابن المواز: وأحب إليَّ أن لا يطلق عليه إلا بتوقيت الإيلاء إن طلبت المرأة ذلك فيوقف لها بعد أربعة أشهر ، فإن قال: أنا أصوم شهرين ترك وأجزأه ؛ لأنه فى ملائه ممنوع من ماله، وله أن يبدأ فى الصوم من الآن ؛ لأنه يقول : كنت أرجو أن يعتق عنى وليي، فإن لم يصم طلقت عليه. قال: وقال ابن وهب فى «العتبية»: وله أن يعتق بغير إذن وليه إن كان مليًا فإن لم يكن له إلا رأس لم أحب له إلا الصيام.

ومن «المدونة»: قال مالك: ويلزم السكران الطلاق.

قال ابن القاسم: وكذلك الظهار، عندى يلزمه ؛ لأنه الظهار إنما يجر إلى الطلاق.

م: ولأنه إنما ألزمه ذلك ؛ لأنه هو الذى أدخل السكر على نفسه ؛ ولأن معه بقية من عقله [ق/ ١٦٢/ ٣ب] ولم تأت فيه سنة كما أتت فى غيره، وقد روى أن ابن عمر قضى عليه بطلاقه فى سكره.

ومن كتاب ابن سحنون: قال على بن زياد: ولا يلزم المجبوب ولا المعترض ولا الشيخ الفانى ظهار ، إذ لا يصلون إلى الوطء.

قال الشيخ : واعتبارًا بالإيلاء.

قال مالك: من عرض عليه نكاح امرأة فقال: هى أمى ، فهو ظهار، إن تزوجها قال : وإن قال : فى امرأة طلقها والله لا راجعتك حتى أراجع أمى فلا شىء عليه إن فعل إلا كفارة يمين.

ومن «العتبية» قال ابن القاسم فيمن قال لأمته : لا أعود أمسك حتى أمس أمى فلا شىء عليه ومن المدونة ومن قال لامرأته: أى شئت الظهار فأنت على كظهر أمى، فهو مظاهر إن شاءت الظهار ، قلت: أذلك لها ما دامت فى المجلس أو حتى توقف.

قال: بل حتى توقف.

وقال غيره: إنما هذا على اختلاف [ق/ ١٦٣/ ٣أ] قول مالك فى التمليك فى الطلاق.

قال مرة: حتى توقف.

وقال أيضًا: ما داما فى المجلس فكذلك الظهار.

م: ومذهب ابن القاسم فى كل ما يكون تفويضًا إليها فى تمليك، أو طلاق، أو ظهار، أو عتق، أن ذلك بيدها. وإن قاما فى المجلس ما لم توقف، والغير يرى أن اختلاف قول مالك يدخل فى ذلك كله.

وفى كتاب «التخيير والتمليك»، بيان هذا.

وفرق بعض القرويين على قول ابن القاسم بين قوله: أنت طالق إن شئت، وأمرك بيدك إن شئت.

قال: وذلك أن القائل: أنت طالق إن شئت، لو لم يقل : إن شئت كان طلاقًا لا خيار فيه، فأفاد بقوله: إن شئت، التفويض إليها فى ذلك، وأما الذى يقول: أمرك بيدك. فسواء عليه ذكر إن شئت ، أو يسكت عنها، قد فهم أن مراده : إن شئت الطلاق، فزيادة إن شئت لا تؤثر شيئًا، ووجودها وعدمها سواء.

فكان الحكم لذلك مختلفًا.

م: وهذا قول له وجه، ولكن ظاهر قول ابن القاسم ما قدمنا، وقاله أيضًا بعض القرويين.

ومن «المدونة»، قيل لابن القاسم: فكل كلام تكلم به رجل ينوى به الظهار، أو الإيلاء ، أو التمليك ، أو الخيار، أيكون كما نوى به؟

قال: نعم، إذا أراد أنك بما قلت مخيرة أو مظاهر منها أو مطلقة .

ابن المواز: أما إذا قال : أنت على كظهر أمى، ينوى الطلاق فهو مظاهر، ولو نوى أنك بما أقول من ذلك طالق لم يلزمه إلا الظهار ، قال: وقاله لى ابن عبد

الحكم، قال : وقد أنزل الله ـ عز وجل ـ الكفارة فى الظهار فيمن قصد به الطلاق، وكانوا فى الجاهلية يجعلونه طلاقا ، وقاله كله مالك.

قال ابن سحنون : وروى عيسى عن أبى القاسم أنها ثلاث ، ولا ينفعه إن نوى أقل من ذلك.

وقال سحنون: له ما نوى من الطلاق، فوجه قول مالك أنه لا يكون طلاقًا وإن نواه : فلأن الظهار قد جعل فيه الكفارة لمن قصد به التحريم، فهو على ذلك لا يتغير عنه.

ووجه قول ابن القاسم أنه يلزمه البتات : فلأنه نوى بما يلزمه فيه ظهارا البتات، فوجب أن يلزمه أصله إذا قال : أنت كأمى، وإنما لم ينوى؛ لأنه جعلها كأمه، ولا تحرم كأمه إلا بالطلاق ثلاثًا.

ووجه قول سحنون أن له ما نوى : فلأنه نقلها بنيته من الظهار إلى الطلاق وهو أقوى ، فيلزمه ما نوى ؛ ولأنه بلفظ لا يلزمه فيه الطلاق، فوجب أن يلزمه ما نوى كقوله : أدخلى الدار، يريد الطلاق ، أن ذلك يلزمه، وينوى فيه.

م: وقول مالك أولى لما بينا، وبالله التوفيق.

قال ابن المواز: قال مالك: وأما إن قال لها :أنت على كأمى، أو أنت أمى، فهو ظهار ، إلا أن يريد به الطلاق فيكون ألبتة، ولمن نوى واحدة فهى ألبتة، وإن لم تكن له نية فهو ظهار ،ولو نوى الطلاق فطلقت عليه ،ثم تزوجها بعد زوج فلا كفارة عليه للظهار.

قال أبو بكر الأبهرى : مذهب مالك رحمه الله أن صريح الظهار لا يكون طلاقًا، وصريح الطلاق لا يكون ظهارًا، مثل أن يقول : أنت على كظهر أمى يريد به الطلاق، أو : أنت طالق ، يريد به الظهار من قبل أنه لا يجوز أن ينقل أصلا من الأصول التى جعلها الله عز وجل لحكم ما إلى أصل آخر أوجب فيه حكما خلافه.

قال :وإن كنى الظهار مثل قوله : أنت كأمى، أو مثل أختى ،إذا أراد به الطلاق كان طلاقًا ؛لأنه نقله إلى ما هو أقوى منه [ق/ ١٦٣/ ٣ب] ؛لأن الطلاق يزيل العصمة، ومكنى الظهار لا يزيلها قال : وإن كنى الطلاق مثل قوله : أنت خلية أو برية لا يكون ظهار ؛ لأن مكنى الطلاق يزيل العصمة أيضًا، والظهار إنما يحرم الوطء، فهو أضعف منه فلا ينقله إلى ما هو أضعف منه.

قال ابن المواز: وما كان فى الزوجة ظهاراً فهو فى الأمة ظهار وإن نوى به العتق لم يكن عتقا ، وما خرج إلى الطلاق فى الزوجة فهو يخرج إلى الحرية فى الأمة، إذا كان على وجه التحريم واليمين.

فى الظهار إلى أجل ، أو من جماعة نساء أو كرره فى زوجته.

قال مالك: ومن قال لزوجته : أنت على كظهر أمى اليوم ،أو هذه الساعة أو هذا الشهر، فهو مظاهر منها، وإن مضى ذلك الوقت ،ولا يطؤها حتى يكفر ؛لأن الظهار قد لزمته باللفظ، كما لو قال لها : أنت طالق اليوم، أو هذه الساعة، كانت طالقًا أبدًا وإن قال: لها: أنت على كظهر أمى إن دخلت هذه الدار اليوم، أو كلمت فلانا اليوم ،أو قال : أنت على كظهر أمى اليوم إن كلمت فلانًا أو دخلت الدار، فهذا إذا مضى اليوم ولم يفعل ذلك لم يكن مظاهراً، فإنما يجب عليه الظهار بالحنث، وكذلك إن قال لها: إن دخلت الدار اليوم فأنت طالق، أو قال : أنت طالق إن دخلت الدار اليوم ، فمضى اليوم ثم دخل الدار لم يلزمه طلاق.

قال ابن القاسم: وإن قال لها : أنت على كظهر أمى إلى قدوم فلان ، لم يلزمه ظهار حتى يقدم فلان فيلزمه الظهار، وإن لم يقدم فلا شيء عليه لأن مالكًا ، قال: من قال لأمرأته : أنت طالق إلى قدوم فلان ، أنها لا تطلق عليه حتى يقدم فلان، فإن لم يقدم لم تطلق عليه، وإن قال لها : أنت على كظهر أمى من الساعة إلى قدوم فلان فهو مظاهر منها الساعة ؛ لأن من ظاهر من امرأته ساعة واحدة لزمه الظهار تلك الساعة وبعدها ولا يطؤها حتى يكفر وكذالك قال مالك : إن قال لها: أنت طالق من الساعة إلى قدوم فلان فهى طالق الساعة وبعدها.

فصل

قال مالك: ومن تظاهر من أربع نسوة له فى كلمة واحدة فكفارة واحدة تجزئه.

قال أبو محمد: كمن جمع أشياء فى يمين واحـدة، وروى ذلك عن عمر وغيره، وإن تظاهر منهن فى مجالس مـختلفة ،ففى كل واحدة كفـارة، وإن كان فى مجلس واحد ،فقال لواحدة: أنت على كظهر أمى، ثم قال للأخرى، وأنت على كظهر أمى حـتى أتى على الأربع فـعليه لكـل واحدة كـفارة، مـثل لو قـال: والله لا آكل هذا الطعام، ولا ألبس هذا الثـوب ، ولا أدخل هذه الدار ، ثم حنث فى شىء واحد من ذلك ، أو فى ذلك كله فليـس عليه إلا كـفـارة واحدة، ولو قـال: والله لا آكل هذا الطعام، ثم قال: والله لا ألبس هذا الثوب، ثم قال: والله لا أدخل هذه الدار، فعليه لكل واحدة كفارة، فهذا احتج مالك فى الظهار.

ابن القاسم: وإن قال لإحدى امرأتيه : [ق/ ٦٤/ ٣أ] أنت على كظهر أمى ، ثم قال للأخرى: أنت على مثلها ، لزمه الظهار فى هذه الثانية أيضًا ، وعليه لكل واحدة كفارة.

فصل

قال مالك: وإ قال لامرأته : أنت على كظهر أمى ، قال لها ذلك مرارًا فى شىء واحد ،أو فى غـير شىء فليس عليه إلا كـفارة واحدة، فـإن قال لها ذلك فى أشـياء مـختلـفة ، مـثل أن يحلف بالظهـار إن دخل هذا الدار، ثم يـحلف به إن لبس هذا الثوب، ثم يحلف بـه إن أكل هذا الطعام، فعليـه لكل شىء يفعله من ذلك كـفارة؛ لأن هذه أشياء مختلفة ، فصارت أيمانا بالظهار مختلفة.

قال ابن الـقاسم: وإن قال لهـا: أنت على كظهر أمى ، أنت علـى كظهر أمى، أنت على كظهر أمى ، ثلاث مرات ،ينوى بقوله لظهـار ثلاث مرات ، فلا تلزمه إلا كفارة واحدة، إلا أن ينوى ثلاث كفارات، فتلزمه ثلاث كفارات مثل ما لو حلف بالله تعالى ثلاث مرات ينوى ثلاث كفارات فيلزمه ذلك إن حنث.

م: وذكر عن أبى محمد بن أبى زيد أنه قـال: لا يطأ حتى يؤدى الثلاث كفارات

قال أبو الحسن القابسي: فإن كفر كفارة واحدة، حل له الوطء، والباقي إنما هو كطعام نذر، ولو وطئ ثم مات وأوصى بهذه الكفارات [ق/ ٢٢٣] وضاق الثلث فإن واحدة منها تبدأ ككفارة الظهار ، والاثنتان تبدأ عليهما كفارة اليمين بالله تعالى؛ لأنهما نذور، ونحو قول أبي الحسن ذكر عن ابن عمران، وهو الصواب إن شاء الله ـ عز وجل ـ.

ابن المواز: ولو كرر الظهار في وقت بعد وقت فكفارة واحدة تجزئه، ولو أخذ في الكفارة عن الظهار ،ثم قال لها: أنت علي كظهر أمي ،فليبتديء من الآن كفارة واحدة وتجزئه، وقيل: بل يتم الأولى ويبتدئ كفارة ثانية.

قال ابن المواز: وهذا أحب إلي إذا كان لم يبق الأولى إلا اليسير.

وأما إن مضى منها يومان أو ثلاثة فليتمه، وتجزئه لهما ؛لأنه قل ما تفاوت منه.

وقال أصبغ في «المستخرجة»: سواء مضى أكثر الكفارة أو أقلها فإنه يجزئه أن يبتدئ الكفارة عن الظهارين إذا كان نوعا واحدًا ،مثل أن يقول: أنت علي كظهر أمي، ثم يقول وقد أخذ في الكفارة مثل ذلك ، قال: وكذلك لو كان الأول يمين حنث فيها والثاني قول بغير يمين، فإنه يجزئه أن يبتدئ الكفارة من يوم ظهاره الثاني ، والثاني كالتوكيد للأول.

قال: ولو كان الأول قولاً بغير يمين، والثاني يمين حنث فيها، فليتم الكفارة الأولى ويبتدئ كفارة ثانية للظهار الثاني.

م: فوجه قول من قال: إنه يبتديء من الآن كفارة واحدة وتجزئه، فلأن تكرار الظهار المجرد إنما يوجب كفارة واحدة، فهو لو لم يبتدِيء الأولى حتى ظاهر منها ثانية لم تكن عليه إلا كفارة واحدة، فإذا ابتدأ الأولى لم يكن عليه إلا إسقاط ما مضى ؛ لأنه قبل لزوم الثانية فلا تجزئ عنها، وابتداء الكفارة من الآن وتجزئ عن الظهار الأول، والثاني، وهذا كحد القاذف إذا كرر قذفه لرجل واحد أو لجماعة، فإنما عليه لذلك كله حدًا واحد، فلو أخذ في حده ثم قذفه في خلال حده للذي حد له أو غيره لابتدأ الحد عليه من الآن وتجزئه،وكالأحداث التي يجب الوضوء لأحدها أو لجميعها، فلو أخذ في الوضوء ثم أحدث لأجزأ ابتداء الوضوء لها وهذا بيّن صواب.

ووجه قول من قال: بل يتم الأولى ويبتدئ الثانية، فلأن الكفارة إنما تبتدئ بعد نية العودة، لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾(١) فهذا إنما ابتدأ الكفارة

(١) المجادلة (٣).

بعد نية العودة فقد لزمه تمامها، وتخلدت في ذمته ، وهذه رواية أشهب عن مالك، وهو قول ابن أبي سلمة، فلما تخلدت الأولى في ذمته لم يكن له أن يشرك فيها ثانية، كما لو وطئ المظاهر منها فأخذ في الكفارة عنها، ثم ظاهر منها ثانية ،فإنه يبتدئ الكفارة للظهار الثاني بعد تمام الأولى ؛ لأن الأولى واجبة عليه مات، أو ماتت، أو فارقها، فلا يشرك معها غيرها فيصير كأنه لم يكفر عن الثانية، وكمن قال: إن اشتريت فلانا فهو حر ،فاشتراه فأراد أن يعتقه عن ظهاره فلا يجزئه ؛لأنه وجب عتقه بما عقد له قبل الشراء فهذا مثله، وهو بين أيضًا على هذا القول.

ووجه قول أصبغ : إن كان الأول بيمين حنث فيها، والثاني قولا بغير يمين، فإنه يجزئه أن يبتدئ الكفارة من ظهاره الثاني، فصواب ؛لأنه إذا حنث في الأولى لزمه الظهار كالظهار المجرد، ولا يسقطه طلاقه ثلاثًا إن تزوجها بعد زوج، فهو كتكرير الظهار المجرد، ولأنها بالحنث صار مظاهرًا منها، فلم يزدنا بقوله: أنت على كظهر أمي إلا الإخبار أنها عليه كظهر أمه، فهو كتكرير الظهار.

قال: وإذا كان الأول ظهارًا مجردًا، والثاني يمين حنث فيها فليتم الكفارة الأولى ويبتدئ كفارة ثانية للظهار الثاني فهو كما قال ؛ لأنهما ظهاران لا يتداخلان، وعليه إن حنث فيهما كفارتان ؛لأن الأولى لزمته لزومًا لا يسقطه الطلاق ثلاثًا ،والثاني بيمين حنث فيها فهو كما لو كان الأولى بيمين والثاني بيمين خلافها ،فهما ظهاران لا يتداخلان ويلزمه لكل واحدة منهما كفارة كاليمين بالله في ذلك. وقيل: بل كفارة واحدة تجزئه.

ووجه هذا : أنه بالحنث يصير كالظهار المجرد، كما لو كان هو الأول، ولأنه إنما حلف بالظهار على امرأة هو مظاهر منها، فقال: إن فعلت كذا فهي على كظهر أمي فقد [ق/ ٣٣٢] كانت عليه كظهر أمه قبل اليمين بالله فلم تزدنا باليمين مزية، وهذا أبيّن والله ـ عز وجل ـ أعلم.

والمحصول من هذا، والذي عليه العمل أن كل ما لزم فيه كفارتان فحدث عليه الثاني بعد أن أخذ في الكفارة عن الأولى فلا يجزئه إلا أن يتم الأولى ويبتدئ الثانية، وكل ما لزم فيه كفارة واحدة فإنه: يجزئه أن يبتدئ من وقت ظهاره الثاني مضى أكثر الكفارة الأولى، أو أقلها.

وقول ابن المواز استحسان وتوسط في القولين ،وكأنه جعل القليل تبعًا للكثير إن مضى أقلها ،فكأنه لم يعمل منها شيئًا، وإن مضى أكثرها فكأنه أتمها فيتمها، ويبتدئ

وهذا استحسان؛ لأن كثيراً فى أصولنا أن نجعل القليل تبعًا للكثير، ولكن القياس ما قدمنا.

وزاد ابن حبيب عن أصبغ: إذا كان الظهار الأول بحنث والظهار الثانى فحنث، فلا بد من كفارتين، كان ذلك بفعل فى شيء واحدًا أو فى شيئين فحنث خيرهم، وهذا كاليمين بالله ـ عز وجل ـ إذا حلف ألا يفعل شيئًا فحنث بفعله، ثم حلف ألا بفعله بعد ذلك فحنث أيضًا، أن عليه كفارتين ، ولو لم يحنث فى الأولى حتى حلف ثانية فحنث فيها فإنما عليه كفارة واحدة، وكذلك [ق/ ١٦٥/ ٣أ] الظهار فى ذلك كله.

وقد روى أبو زيد، عن ابن القاسم فيمن قال : أنت على كظهر أمى إن لم أتزوج عليك ، فأخذ فى الكفارة، ثم قال لها: أنت على كظهر أمى أن لم أتزوج عليك، فهذا يبتدئ شهرين من يوم الظهار الثاني.

قال أبو زيد عن ابن القاسم: ولو أنه لما صام أياما أراد أن يبر بالتزويج فتزوج فقد أسقط عنه الكفارة، ويبطل عنه الصيام، وعلى قول من قال : يلزمه تمامها إذا ابتدأ فيها لا يسقط عنه للتزوج تمامها.

وفى «مختصر ابن عبد الحكم» قال: وإذا ظاهر منها ووطئ ، ثم ظاهر ثانية فعليه أيضًا الكفارة ثانية.

ومن «المدونة» قد تقدم : أن من قال لأربع نسوة : أنتن على كظهر أمى، فإنما عليه كفارة واحدة، وذهب الشافعى : أن عليه لكل واحدة كفارة، ودليلنا قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا**﴾[1]. الآية. فجميع النساء إذا ظاهر الرجل منهن فإنما عليه كفارة واحدة، ولأن الظهار يمين تكفر كالإيلاء.

وقد قال ـ عليه السلام ـ: «**للمظاهر كفر عن يمينك**»[2] فدل أنها يمين كالإيلاء بخلاف الطلاق.

وقد روى ابن وهب : أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وغيره قال فى رجل تظاهر من أربع نسوة له فى كلمة واحدة: أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة. ولم يخالف

(١) المجادلة (٣).

(٢) أخرجه النسائي (٣٧٨٩) وفي «الكبرى» (٤٧٣١) وابن حبان (٤٤٧٩). من حديث عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه.

عليه أحد، فهذا كالإجماع.

ومن «العتبية»: قال: روى عيسى عن ابن القاسم فيمن تظاهر من جماعة فظن أنه لا يجزئه إلا عن كل واحدة كفارة واحدة فكفر بالصوم عن واحدة منهن، قال: قال مالك: يجزئه ذلك عن جميعهن.

ومن «المدونة»: ومن قال لأربع نسوة: إن تزوجتكن فأنتن على كظهر أمى، فتزوجهن كلهن، فإنما عليه كفارة واحدة، ولا يقرب واحدة منهن حتى يكفر، فإن تزوج واحدة لزمه الظهار، ولا يقربها حتى يكفر، فإن كفر فتزوج البواقى فلا ظهار عليه فيهن.

م: وهذا كمن حلف بالله سبحانه ألا يفعل أشياء سماها، ففعل بعضها، فقد حنث فى جميعها، ثم إن فعل باقيها فلا حنث عليه؛ لأنه قد حنث أولا بفعل بعضها، فلا يتكرر عليه الحنث.

ومن «المدونة»: قال: وإن تزوج الأولى فلم يطأها ولم يكفر حتى ماتت، أو فارقها، سقطت عنه الكفارة، ثم إن تزوج البواقى لم يطأ واحدة منهن حتى يكفر؛ لأنه لم يحنث فى يمينه بعد، وإنما يحنث بالوطء، لأن من تظاهر من امرأته ثم طلقها أو ماتت قبل أن يطأها فلا كفارة عليه، وإنما يوجب عليه كفارة الظهار بالوطء، فإذا وطئ فقد لزمته الكفارة، ولا يطأ فى المستقبل حتى يكفر.

ولو كان هذا قد وطئ الأولى ثم ماتت، أو طلقها، أو لم يطلقها، فقد لزمته الكفارة، فإن تزوج البواقى فلا يطأ واحدة منهن أيضًا حتى يكفر.

ومن قال لأربع نسوة له: من دخلت منكن هذه الدار فهى على كظهر أمي. فدخلنها كلهن أو بعضهن فعليه لكل واحدة تدخل كفارة كفارة.

م: لأن من للتبعيض، فهو كمن قال ذلك لواحدة مفردة.

قال ابن القاسم: وكذلك لو قال لهن: أيتكن كلمتها فهى عليّ كظهر أمى، فإن كلم واحدة منهن لزمته كفارة، ولم يلزمه فيمن لم يكلم منهن ظهار وإن وطئها حتى يكلمها وله وطؤهن قبل أن يكلمهن، ثم إن كلم أخرى لزمته كفارة ثانية بمنزلة مالو.

م: قال لأربع نسوة: من تزوجت منكن فهى على كظهر أمى فتزوج واحدة منهن كان منها مظاهراً، ثم إن تزوج أخرى كان منها أيضًا مظاهراً بخلاف قوله: إن تزوجتكن.

قال ابن المواز: وكذلك قوله: من تزوجت من النساء فهى على كظهر أمى فلكل من تزوج كفارة، بخلاف قوله: كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى هذا تجزئه كفارة واحدة وهذا على ما قلنا : أن من للتبعيض، وكأنه قال لكل واحدة مفردة: إن تزوجتك فأنت على كظهر أمى، وقوله: كل امرأة أتزوجها ،مثل قوله: إن تزوجتكن؛ لأنه جمعهن فى الوجهين.

ومن «المدونة» : قال مالك: ومن قال : كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى، لزمه ذلك فإن تزوج فلا يطأ حتى يكفر كفارة الظهار، وكفارة واحدة تجزئه من ذلك كله ،وقاله عروة بن الزبير ،وذكر ابن حارث الأندلسى عن ابن نافع فى قوله: كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى ، أن عليه لكل امرأة يتزوجها كفارة، وصوبه بعض أصحابنا، وقال: ألا ترى أنه إذا تزوج واحدة وكفر عن ظهاره، ثم تزوج أخرى فقد حصل مكفراً عن ظهاره فى هذه الثانية قبل لزوم الظهار فيها.

وهذا يلزمه فيمن قال لأربع نسوة : إن تزوجتكن فأنتن على كظهر أمى؛ لأنه إذا تزوج واحدة، وكفر عنها ، ثم تزوج ثانية فقد حصل مكفراً عن هذه الثانية قبل لزوم الظهار فيها وليس الأمر كما توهم.

لأن الظهار يمين كاليمين بالله ـ عز وجل ـ فإذا جمع فى يمينه جماعة فحنث فى واحدة فقد حنث فى جميعهن ، فكفارة عن واحدة كفارة عن جميعهن.

وقوله: إن تزوجتكن، وكل امرأة أتزوجها سواء ؛لأنه جمع النساء فى يمينه فبان أن قول مالك أولى.

قال مالك: وأما إن قال: فهى طالق ، لم يلزمه شىء.

قال ابن القاسم: والفرق بين الظهار فى هذا وبين الطلاق، أن الظهار يمين تكفر ولا تحرم النكاح عليه، والطلاق يحرم، فليس له أن يحرم على نفسه جميع النساء.

قال ابن المواز: ولو تزوج امرأة ثم ماتت أو طلقها قبل أن يكفر، فتزوج أخرى، فلا يقربها حتى يكفر كفارة واحدة عن كل من يتزوج أبداً.

م: وهذا على ما قلنا فيمن قال لأربع نسوة: إن تزوجتكن وقد تقدمت.

قال ابن المواز: ولو كفر بعد زوال الأولى، وقبل نكاح الثانية لم يجزه، إلا أن يكون قد مس الأولى قبل أن تزول عنه، فقد لزمته الكفارة بكل حال وزال الظهار.

م: يريد: ولكن لا يطأ الثانية حتى يكفر الكفارة التى لزمته إن لم يكن كفر.

فى اليمين بالظهار، وعودته فى ملك ثان ووقوعه مع طلاق أو إيلاء وظهار الرجل من امرأته وهى أمة أو صبية أو محرمة أو حائض أو رتقاء أو كتابية وظهار العبد من امرأته

قال مالك: ومن قال لامرأته: أنت على كظهر أمى إن لم أضرب غلامى اليوم. ففعل، لم يلزم ظهار. قال مالك: وإن قال: إن تزوجت فلانة فهى على كظهر أمى، لزمه الظهار إن تزوجها. وقاله عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ.

ومن قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى ، فطلقها واحدة أو اثنتين فبانت منه، ودخلت الدار وهى فى غير ملكه لم يحنث بدخولها، وهى فى غير ملكه ،فإن تزوجها فدخلت الدار وهى تحته عاد عليه الظهار، إلا أن يكون طلقها أولاً ألبتة، فإن الظهار يسقط عنه إن تزوجها بعد زوج، ولو حنث بدخولها قبل أن يفارقها أو كان إنما ظاهر منها على غير يمين ، ثم أبتَّها قبل أن يكفر فهذا؛ إن نكحها بعد زوج عاد عليه الظهار، ولم يطأها حتى يكفر. قلت: فمن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت على كظهر أمي أو قال لها : أنت طالق، وأنت على كظهر أمي إن تزوجتك، قال: قال مالك: من قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمي، فتزوجها طلقت عليه، ثم إن تزوجها بعد ذلك لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار [ق/ ١٦٤/ ٣ب] ؛ لأن الطلاق والظهار وقعا بالعقد فلزماه.

قال ابن القاسم: والذى قدم الظهار فى لفظه أبين عندى.

قال غيره: وكذلك لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وأنت عليَّ كظهر أمي، فبدخول الدار وقع الحنث فى الطلاق والظهار معًا فلزماه.

ومن «المدونة»: **قال مالك:** وأما إن قال لزوجته: أنت طالق ألبتة، وأنت على كظهر أمي، طلقت عليه، ولم يلزمه فيها ظهار وإن تزوجها بعد زوج؛ لأنه أوقعه بعد أن بانت منه.

وقال أبو محمد: وليس ذلك كالطلاق، إذا نسق على طلاق مثله فى التى لم يدخل بها. وهذا معنى ، والظهار معنى آخر وذلك بخلاف إذا بدأ فى لفظه بالظهار فهذا يلزمه الظهار إن تزوجها بعد زوج.

ومن «المدونة»: ومن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمى ، والله لا أقربك ، أو قال لها: والله لا أقربك إن تزوجتك، وأنت عليَّ كظهر أمي، فتزوجها لزمه الإيلاء والظهار، مثل من قال لزوجته: والله لا أقربك وأنت على كظهر أمى، أنه مولٍ منها مظاهر.

فصل

ومن تظاهر من امرأته وهى أمة، ثم اشتراها فهو مظاهر منها.

يريد: فإن كان بيمين لم يحنث فيها، وهو كمن طلق زوجته واحدة، وقد كان ظاهر منها بيمين، أنه يعود عليه إن تزوجها. وقاله جماعة من أصحابنا.

وقال بعض أصحابنا: معنى المسألة: أنه ظاهر منها ظهارًا مجردًا بغير يمين، فلذلك عاد عليه الظهار، كما يعود ذلك عليها إذا طلقها ثلاثًا.

وأما إن كان بيمين لم يحنث فيها، فإنه إذا اشتراها لا يعود عليه اليمين؛ لأن هذا ملك بيمين لا ملك عصمة، فهو غير الملك الأول، كملك العصمة بعد الطلاق ثلاثا.

قال: ولكن لو باعها ثم تزوجها ، فإنه يعود عليه اليمين؛ لأنه بقى له طلقتان، فاليمين تعود عليه ما بقى من طلاق ذلك الملك شيء.

والأول أصوب؛ لأنه ظاهر من زوجته بيمين لم يحنث فيها، فلا يلزمه إلا الطلاق ثلاثًا أصله لو كانت حرة.

قال أبو محمد: ولو اشترى بعضها لم يكن فيها مظاهر، إذ لا يحل له وطؤها.

ومن «المدونة»: قال: وإن تظاهر من امرأته وهى حرة ،أو أمة ،أو حبيبة، أو محرمة أو حائض ،أو رتقاء، أو كتابية لزمه ذلك، وكفارته منهن سواء، ويلزم المسلمة الظهار والطلاق فى زوجته الكتابية كما يلزمه ذلك فى الحرة المسلمة.

وإن تظاهر الرجل من امرأته قبل البناء أو بعده وهو رجل بالغ فذلك سواء ويلزمه.

ألا ترى أنه لو ظاهر من أمة له لم يطأها قط لزمه الظهار فى قول مالك ، فالزوجة أحرى وأشد فى الظهار.

وإن تظاهر العبد من امرأته وهى حرة أو أمة لزمه ، وكفارته منهما سواء.

ابن شهاب: ويلزمه الظهار كالحر.

قال ابن سيرين: وليس عليه أن يكفر إلا بالصيام.

ابن حبيب: قال ابن القاسم عن مالك: ولا يدخل على العبد فى تظاهره الإيلاء، إلا أن يكون مضارًا لا يريد أن يفيء أو يمنعه أهله الصيام، بأمر لهم فيه عذر فهذا

يضرب له أجل الإيلاء إن رفعته.

قال أصبغ: إذا منعه أهله من الصيام فليس بمضار، ولا كلام لامرأته ولتصبر.

وقال ابن القاسم: إن منعه سيده للصيام، وأذن له فى الإطعام أجزأه.

وقال ابن الماجشون: ليس لسيده منعه الصيام، وإن أضر به ذلك فى عمله قال الشيخ : لأن إذنه له فى النكاح إذن له فى الظهار.

وفى الباب الأول مسألة المجوسى يسلم، ثم يظاهر من زوجته فتسلم هى، بقرب ذلك أنه يلزمه.

فى منع المظاهر الوطء قبل الكفارة ودخول الإيلاء عليه فى تركها

قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾[1] الآية فدل أن العود إرادة الوطء لا الوطء لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[2].

قال مالك فيمن ظاهر من زوجته : فلا يطؤها حتى يكفر، ويجب عليها أن تمنعه من جماعها.

قال ابن القاسم: فإن خشيت منه على نفسها رفعت ذلك إلى الإمام، ويمنعه الإمام من وطئها، إن خاصمته حتى يكفر، ويؤدبه إن أراد جماعها قبل الكفارة.

قال مالك: ولا يقبل ولا يباشر ، ولا ينظر إلى صدرها، ولا إلى شعرها حتى يكفر؛ لأن ذلك لا يدعو إلى خير، وقد قال الله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[3]. [ق/ ١٦٥/ ٣ب] فعم.

وقال أصبغ فى «العتبية»: إن قبلها فى شهرى صيام الكفارة، فلا شيء عليه. وقاله سحنون بعد أن كان يقول بقول عبد الملك: إن ذلك يقطع التتابع كالمعتكف ، ثم رجع وقال : ليس هو أشد من رمضان وفرق بينه وبين المعتكف؛ لأن المتظاهر يحل له غيرها.

وقال عبد الملك وسحنون: وإنما يكره للمتظاهر أن يقبل، أو يباشر أو يتلذذ بالنظر إلى المحاسن، لأن ذلك داعية إلى الوطء وتغرير خيفة أن يفعل الوطء الذى ينهاه الله ـ عز وجل ـ عنه قبل أن يكفر، وكمنع المحرم من دواعى الوطء خيفة أن يقع فيه.

(١-٣) المجادلة(٣).

كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه.

ومن «المدونة»: **قال مالك**: وجائز أن ينظر إلى وجهها، وقد ينظر غيره إليه.

قال ابن القاسم: وجائز أن يكون معها فى بيت ويدخل عليها بلا إذن، إن كان تؤمن ناحيته.

قال مالك: فإن امتنع من الكفارة وهو قادر عليها، دخل عليه الإيلاء؛ لأنه مضار، ووقف لتمام أربعة أشهر من يوم التظاهر، فإما كفر أو طلقت عليه.

قال ابن القاسم: فإن كفر، زال عنه [ق/ ١٦٧/ ٣أ] حكم الإيلاء وإن لم يطأ.

م: وحكى لنا عن بعض شيوخنا القرويين فى المتظاهر المضار إذا ضرب له الأجل لامتناعه من الكفارة وهو قادر عليها، إنما يضرب له الأجل من وقت تبين ضرره، ورأى أن هذا الذى يقتضيه مذهب الكتاب، ونقل عن غير واحد من «المختصرين» المسألة على غير هذا، إنما يضرب له الأجل من يوم التظاهر، ومثل هذا الذى نقلوه فى «كتاب محمد» فاعلمه.

ومن «المدونة»: قلت: ولم أدخل عليه مالك الإيلاء إذا علم أنه مضار، وهو لم يحلف على ترك الوطء؟ قال: لأن مالكًا قال: كل يمين منعت الجماع فهى إيلاء، وهو إذا كف عن الوطء وهو يقدر على الكفارة علم أنه مضار، فيدخل عليه الإيلاء، وليس الظهار بحقيقة الإيلاء ولكنه مثل من حلف بالطلاق ليفعلن كذا، وهو قادر على فعله ، فيمنع من الوطء ؛ لأنه فى يمينه على حنث، فيدخل عليه الإيلاء.

وقاله ربيعة وابن شهاب.

قال ابن القاسم: وإن قال: أنا أكفر ، ولم يقل: أنا أطأ فذلك له، لأن فيئته الكفارة، ليس الوطء، فإذا كفر كان له أن يطأ بلا كفارة، وإن كان لا يعلم منه حزر، وكان يعمل فى الكفارة فلا يدخل عليه الإيلاء. وإذا كان من أهل الصوم فمضت أربعة أشهر ولم يصم فلها إيقافه.

وروى غيره: أن وقفه لا يكون إلا بعد ضرب السلطان له الأجل، وكل لمالك، والوقف بعد ضرب السلطان الأجل أحسن، فإذا أوقفه فقال: أنا أصوم شهرين عن ظهارى، أو كان ممن يقدر على عتق أو إطعام ، فقال: أخرونى حتى أعتق أو أطعم أخره الإمام مرة أو مرتين أو ثلاثًا، فإن لم يأخذ فى ذلك بعد التلوم فرق بينهما؛ لأنه مضار، كالمولى إذا وقف فقال: أنا أفىء فاختبره الإمام مرة بعد مرة فلم يفاء وعرف

كذبه ولم يكن له عذر، طلق عليه.

وهذا المعنى مستوعب فى «كتاب الإيلاء». ومن قال لامرأته: إن وطئتك فأنت عليَّ كظهر أمى. فهو مول حين تكلم بذلك، فإن وطئ سقط عنه الإيلاء ،ولزمه الظهار بالوطء ، ولا يقربها بعد ذلك حتى يكفر كفارة الظهار.

فإن لم يكفر كان سبيله كما وصفنا فى المظاهر المضار.

قال ابن المواز: وليس لهذا المولى أن يحنث بالإصابة ، لأن بقية وطئه يقع فى امرأة ظاهر منها، وهو ممن لا تنفعه الكفارة قبل وطئه لأنه لم يصر فيها مظاهراً حتى يطأ.

وقد قيل: تعجل عليه طلقة الإيلاء، إذ لابد منها. وقد قيل: حتى يتم أربعة أشهر، كالحالف ألا يطأ ألبتة.

م: فعلى مذهب ابن المواز إذا وطئ فى هذه المسألة فالكفارة تلزمه، وإن ماتت المرأة أو طلقها.

وقال ابن القاسم فى «العتبية»: إذا وطئها مرة ثم ماتت أو طلقها ألبتة، فليس عليه كفارة، إلا أن يطأها ثانية، فهذا قد لزمته الكفارة بانت منه أو ماتت، وهذا هو ظاهر قوله فى هذا الكتاب.

والمسألة تجرى على اختلافهم فى الذى قال لزوجته: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا.

فقد روى عن ابن القاسم: أن له أن يحنث نفسه بالوطء، ويتمادى حتى ينزل؛ لأنه إنما أراد وطئًا تامًا، فبتمامه يحنث.

وعلى قول مالك الذى رأى : أنه لا يمكن من الفيء بالوطء إذ باقى وطئه حرام لا يمكن أيضًا فى هذه المسألة من الوطء، إذ باقى وطئه فى امرأة ظاهر منها، ويكون الأمر [ق/ ٢٣٤] كما قال ابن المواز وفى كتاب الإيلاء إيعاب هذا.

فيمن ظاهر وهو معسر ثم أيسر قبل الكفارة أو بعد ما أخذ فيها وكفارة العبد فى الظهار وغيره

وكفارة الظهار مرتبة بالتنزيل فعلى المكفر فيه أن يعتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب الفاحشة، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينًا.

قال ابن القاسم: وإنما ينظر إلى حاله يوم يكفر، ولا ينظر إلى حاله يوم جامع ولا يوم ظاهر، وقاله مالك ،قال: ومن تظاهر وهو معسر ثم أيسر لم يجزه الصوم.

قال ابن القاسم: وإن أعسر بعد ما أيسر أجزأه الصوم.

قال مالك: ولو أيسر بعد ما أخذ فى الكفارة فى صوم أو إطعام فإن كان بعد صوم اليومين أو نحوهما أحببت له أن يرجع إلى العتق ولا أوجبه عليه، وإن كان قد صام أيامًا ذات عدد فما ذلك عليه وليمض على صومه ، وكذالك الإطعام مثل ما وصفنا فى الصيام.

قال ابن القاسم: وكذلك فى كفارة القتل، قال: ومن صام ثلاثة أيام فى الحج وثم وجد ثمن الهدى فى اليوم الثالث فليمض على صومه، وإن وجد ثمنه وهو فى أول يوم فإن شاء أهدى أو تمادى فى صومه.

ابن المواز: وكذلك فى كفارة اليمين بالله ـ عز وجل ـ.

وقال ابن الحكم: صيام اليمين بالله، والظهار، والقتل والتمتع كله سواء إن لم يصم إلا يومين ثم أيسر فليرجع إلى ما يجب عليه.

فصل

ومن «المدونة»: قال مالك : وإذا تظاهر العبـد فليس عليه إلا الصوم ولا يطعم، وإن أذن له سيده ، والصوم أحب إليّ.

قال ابن القاسم: بل هو الواجب عليه ولا يطعم من قدر أن يصوم.

الأبهري: معنى قول مالك: إن العبد عجز عن الصيام فأذن له سيده فى الإطعام فقال: أحب إلى أن يؤخر ذلك حتى يقدر على الصيام.

ابن المواز: والعبد إنما عليه أن يكفر بالصوم ،فإن منعه سيده وكان يضر ذلك به، بقى على ظهاره حـتى يجد سبيـلاً إلى الصيام، فإن تركـه حينئذ مضـاراً يدخل عليه الإيلاء.

قال: فإن لم يضر الصـوم بالسيد وأراد منعه ليفرق بينه وبـين امرأته جبر على أن لا يمنعه من الصيام.

ومن «كتاب ابن سـحنون»: **قال مالك**: وإذا كان عبد مخـارج يؤدى خراجه فلا يمنعه، وإذا قوى فلا يمنعه.

وفى «الموطأ»: **قال مالك**: لا يدخل على العبـد الإيلاء فى ظهاره، لأنه لو دخل عليه الإيلاء فى تظاهره لطلق عليه قبل أن يفرغ من صيامه.

ومن «المدونة»: **قال مالك**: وأما العتق فلا يجزئه فى شىء من الكفارات ،وإن أذن له السيد؛ إذ الولاء لسيده.

قال مـالك: وإن أذن له أن يطعم فى اليـمين بالله تعـالى أجـزأه، وفى قلبى منه شىء، والصيام أبين عندى.

قال ابن القاسم: وإن أطعم بإذن سيده أجزأه؛ لأن سيده لو كفر عنه بالطعام، أو رجل كفر عن صاحب له بالطعام بإذنه أجزأه [ق/ ١٦٨/ ٣أ] .

فيمن ظاهر من امرأته ثم ماتت أو طلقها أو كفر عنها وليست له بزوجه

قال الله تعالى: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾(١) أي: مؤمنة، فإنما أوجب الكفارة بعد نية العودة.

ومعنى العودة فيما قاله كثير من التابعين : إرادة الوطء وليس الوطء ؛ لأن الله سبحانه وتعالى منع منه قبل الكفارة بقوله تعالى: ﴿ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾(٢) فإذا نوى عودة الجماع كفر ، ولو كفر قبل مراده لذلك لم يجزه وإن أراده بعد الكفارة.

م: وقيل: إن العودة الوطء ؛ لأن الظهار إنما اقتضى تحريم الوطء والعودة هو الإقدام عليه دون العزم؛ لأن الإقدام هو مخالفة الكفارة والامتناع وكذلك وجهه بعض البغداديين.

قال ابن سحنون عن أبيه: والمتظاهر إذا كفر بغير نية العودة ، لكن يريد أن يطلقها، ويقول : متى راجعتها حلت لي بغير ظهار علي.

قال: لا يجزئه حتى ينوى العودة، وأكثر قول أصحابنا : أن من كفر بغير نية العودة لا يجزئه.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن ظاهر من زوجته ثم طلقها واحدة أو ثلاثًا فبانت منه ثم أعتق عن ظهاره منها ، أو صام، أو أطعم،ثم تزوجها بعد ذلك لم تجزه تلك الكفارة ؛ لأنه أخرجها قبل وجوبها ومتى تزوجها رجع عليه الظهار.

ومن قال لأجنبية :إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ،وكفر عن ظهاره هذا ،ثم تزوجها لم تجزه تلك الكفارة؛ لأنه كفر قبل نيه العودة ، ولا ينوى ذلك فيمن ليست فى عصمته ولا يكفر قبل حنثه.

وقد قال الله تعالى: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾(٣).

قال ابن القاسم: والعودة إرادة الوطء ، والإجماع عليه، فمن كفر قبل إرادتها كان كمن كفر عن غير شيء وجب عليه.

قال مالك: وإن وطئ المتظاهر منها قبل أن يكفر ناسيًا أو عامدًا فى ليل أو نهار

(١-٣) المجادلة (٣).

لزمته الكفارة لجماَعه ذلك ماتت بعد ذلك زوجته هذه، أو مات عنها أو طلقها، قال: وإن طلقها واحدَة أَو ثلاثًا قبل أن يطأها فلا كفارة عليه إلا أن يتزوجها يومًا ما ،فيعود عليه الظهار ولا يطأ حتى يكفر، ولو طلقها قبل أن يمسها، وقد عمل فى الكفارة، لم يلزمه تمامها.

قال الشيخ : يريد: وإن كان الطلاق رجعيًا، قال ابن نافع: وإن أتمها أجزأه إذا أراد العودة قبل الطلاق.

قال الشيخ : يريد وإن كان الطلاق ثلاثًا.

أبو محمد: وروى أشهب عن مالك، وقاله عبد العزيز بن أبى سلمة: إذا نوى العودة ثم طلق ، أو ماتت فقد لزمته الكفارة ، وروى ابن القاسم خلافه :أنه إن أجمع على إمساكها، يريد الوطء ثم أخذ فى الكفارة، ثم طلقها أو ماتت قبل تمامها أنه لا شىء عليه إلا أن يتزوج الحية فعليه الصيام من أوله، ورواه أيضًا أشهب.

ولو كان طعام ، فقال أصبغ: يبنى ، وقال أشهب: يبتدئ.

وذكر ابن المواز عن مالك: فى المظاهر إذا طلق بعد ما أخذ فى الكفارة فتمادى فى الكفارة حتى أتمها فى العدة، أجزأه ذلك إن كان طلاقه رجعيًا ، ارتجع بعد ذلك أو لم يرتجع كانت الكفارة صيامًا أو طعامًا.

وإن كان الطلاق بائنًا لم يجزه تمام الكفارة فى العدة ،ثم إن تزوجها يوما ما، أو كانت الكفارة صومًا ابتدأها ، وإن كانت طعامًا بنى على ما كان أطعم، قبل أن تبين منه، لجواز تفرقه الطعام.

قال ابن المواز: وهو قول مالك وابن القاسم وابن وهب ،وأصح ما انتهى إلينا.

فى الصيام فى كفارة الظهار ومن أكل فى صومه، أو وطئ، أو مرض

قال الله تعالى: ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾[1].

قال ابن القاسم: فمن أكل ناسيًا ،أو لمرض فى صوم ظهار، أو قتل نفس، أو نذر متتابع، أو أكره على الفطر، أو تقيأ، أو ظن أن الشمس قد غابت، فأكل ،أو أكل بعد الفجر، ولم يعلم، أو وطئ نهارًا غير التى تظاهر منها ناسيا، فليقض فى ذلك كله يوما ويصله بصومه، فإن لم يفعل ابتدأ الصوم من أوله.

قال: وله أن يطأ غير التى تظاهر منها فى خلال الكفارة ليلا فى الصوم ، أو نهارًا فى الإطعام ، كانت الموطوءة زوجته، أو أمته.

وإن وطئ التى تظاهر منها ليلاً ، أو نهارًا أول الصوم أو آخره ناسيًا، أو عامدًا ابتدأ الشهرين.

وكذلك حكم الإطعام إذا أطعم بعض المساكين ،وإن لم يبق إلا مسكين واحد ثم جامع استأنف الطعام ، لقوله تعالى: ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[2] وكذلك من وطئ فى الحج ناسيًا أو عامدًا فعليه أن يتم حجه ويقضيه من قابل.

قال ابن القاسم: ومن صام عن ظهاره شهرًا ثم مرض ، وهو لا يجد رقبة لم يكن له أن يطعم، وإن تمادى به المرض أربعة أشهر لم يدخل عليه الإيلاء ؛ لأنه غير مضار وتنتظر إفاقته، فإذا صح صام إلا أن يعلم أن ذلك المرض لا يقوى صاحبه على الصوم بعده ، فيصير حينئذ من أهل الإطعام.

وقال أشهب: إذا مرض صار من أهل الإطعام.

قال فى باب بعد هذا: ومن تظاهر وهو مريض مثل الأمراض التى يصح من مثلها الناس ، فلينظر حتى يصح، ثم يصوم إذا كان لا يجد رقبة ، وكل مرض يطول بصاحبه، ولا يدرى أيبرأ منه أم لا، لطول ذلك المرض به ، ولعله يحتاج إلى أهله فليطعم ويصيب أهله، ثم إن صح أجزأه ذلك الإطعام؛ لأن مرضه كان إياسًا.

وقال أشهب: إذا طال مرضه فإن رجى برؤه وقد احتاج إلى أهله فليطعم.

قال مالك: ومن تظاهر من امرأته، وليس له إلا خادم واحدة أو دار لا فضل فيها

(١-٢) المجادلة (٤).

أو عرض قيمته ثمن رقبة ، لم يجزه إلا العتق ولا يجزئه الصوم ؛ لأنه يقدر على العتق ، وقد قال الله تعالى ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ﴾[1] [ق/ ١٦٦/ ٣ب].

وهذا واجد، قال: ومن تظاهر من أمته ولم يكن له غيرها لم يجزه الصوم، وأجزأه عتقها عن ظهاره، وله أن يتزوجها بعد ذلك إن رضيت به.

قال: ومن صام شهراً وأطعم ثلاثين مسكينًا عن ظهاره، لم يجزه وكذلك لو أعتق نصف رقبة وأطعم ثلاثين مسكينًا، أو صام شهراً لم يجزه.

فى الإطعام فى كفارة الظهار

قال الله - عز وجل: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[2] فلم يستثن الوسط من الشبع كما ذكر فى كفارة اليمين بالله - عز وجل - فينبغى أن يكون الشبع مدين إلا ثلثا بمد النبى - ﷺ - عدل من الشبع وهو عيار مد هشام، فمن أخرج به أجزأه، وقاله مالك .

وروى ابن وهب، ومطرف عن مالك: مدين لكل مسكين بمد النبى - ﷺ - فى الظهار، وروى البغداديون : أن مد هشام مدان بمد النبى - ﷺ - وقالوا [ق/ ١٦٩/ ٣أ] لما أبهم الله - عز وجل - كفارة الظهار وفدية الأذى فلم يذكر فيها وسطًا، ونص الرسول ﷺ - على فدية الأذى كان الظهار مثله، والله - عز وجل - أعلم .

- وروى ابن حبيب : أن مد هشام الذى جعله لفرض الزوجات مد وثلث، وروى ابن القاسم: أنه مدان إلا ثلث، وروى البغداديون: أنه مدان بمد النبى - ﷺ -.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: فإن كان عيش بلدهم تمراً أو شعيراً أطعم منه فى الظهار عدل شبع مد هشام من الحنطة.

قال مالك: ويطعم من التمر أو الشعير فى كفارة الأيمان إذا كان عيشهم عشرة مساكين وسطًا من شبع الشعير والتمر ؛لأن إطعام الأيمان فيه شرط، ولا شرط فى إطعام الظهار، فلا يكون إطعامه إلا شبعًا. ولا أحب أن يغدى ويعشى فى الظهار ؛ لأن الغداء والعشاء لا أظنه يبلغ مدًا بالهاشمى ،ولا ينبغى ذلك فى فدية الأذى أيضًا ويجزئ ذلك فيما سواهما من الكفارات ويكون مع الخبز إدام فإن كان الخبز وحده وفيه عدل ما يخرج من الحب أجزأه.

(١-٢) المجادلة (٤).

ومن كتاب ابن المواز: ومن غدى أو عشى خبز البر والإدام فى الظهار لم ينبغ ذلك له ، ولا أعادة عليه فإن أطعم عن ظهاره شعيرًا، وهو يأكل القمح ،أو ذرة وهو يأكل الشعير لم يجزه.

قال: وإن أطعم شعيرًا وهو يأكل الذرة أجزأه إذا زاد مبلغ شبع القمح، وقاله أشهب.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ويخرج فى كفارة الأيمان وسائر الكفارات، والطعام فى الجزاء وفى الإفطار فى رمضان وفى كل شيء مدا لكل مسكين بمد النبى - ﷺ - خلا فدية الأذى وكفارة الظهار، فإنه يخرج فى فدية الأذى مدين لكل مسكين بمد النبى - ﷺ - ويخرج فى كفارة الظهار مدًا بمد هشام لكل مسكين كما وصفنا.

قال سحنون: فأما كفارة قتل النفس فلا إطعام فيها.

قال ابن القاسم : ومن أعطى فى سائر الكفارات من الذى هو عيشهم أجزأه، ولا يجزئ فى ذلك دقيق، أو سويق أو عروض، أو دراهم فيها وفاء بقيمة الطعام.

وقال ابن حبيب: إذا أخرج الدقيق بريعه أجزأه.

م: ولا يخالفه ابن القاسم فى ذلك ؛ لأنه أعطى ما يلزمه، وتطوع لهم بطحنه، ولما أجزأه إذا أعطاهم خبزًا فكذلك يجزيه دقيقًا.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: ومن أعطى فى الظهار ستين مدًا بالهاشمى لعشرين ومائة مسكين، نصف مد نصف مد لم يجزه إلا أن يريد ستين منهم، لا من غيرهم، نصف مد لكل واحد فيجزيه، وإن أعطى ذلك لثلاثين مسكينًا، لكل مسكين مدين لم يجزه حتى يعطى لكل مسكين مدًا مدًا.

م: يريد ، ويجزئه أن يعطى ثلاثين من غيرهم مدًا مدًا.

قال ابن القاسم: ولا يجزىء فى فدية الأذى أن يعطى إثنى عشر مسكينًا مدًا مدًا ولكن يطعم ستة مساكين مدين مدين بمد النبى - ﷺ - وكذلك فى كفارة الإفطار فى رمضان لا يجزيه أن يعطى ثلاثين مسكينًا مدين مدين ولا عشرين ومائة ، نصف مد نصف مد ولكن يعطى ستين مسكينًا لكل مسكين مدًا مدًا بمد النبى ﷺ.

قال: وإن أطعم [ق/ ٢٣٦] فى كفارة الظهار حنطة ثم ضاق السعر حتى صار عيشهم الشعير أو التمر، أو خرج إلى بلد عيشهم ذلك، أجزأه أن يطعم من ذلك ثلاثين مسكينًا ، وكذلك هذا فى جميع الكفارات.

م: يريد : إذا لم يتعمد الخروج إلى ذلك البلد ليخفف عن نفسه.

وقاله سحنون.

قال: وإن أطعم فى كفارة الظهار ثلاثين مسكينًا ثم لم يجد فى بلده غيرهم لم يجز أن يعطيهم فى غد بقية الكفارة ، وليبعث بها إلى بلد آخر.

قال مالك : ومن عليه كفارتان عن يمينين فأعطى اليوم مساكين عن أحد يمينيه ثم لم يجد فى غد غيرهم فلا يعجبنى أن يعطيهم عن اليمين الأخرى.

قال ابن القاسم: كانت اليمين الأولى أو مخالفة لها كيمين بالله مع ظهار، ونحوه.

قال ابن المواز عن ابن القاسم: فإن فعل أجزأه إن لم يجد غيرهم.

قال يونس بن عبيد :إلا أن تحدث عليه اليمين الثانية بعد ذلك فليطعمهم فى غد إن شاء.

قال ابن القاسم: ولا يطعم فى شىء من الكفارات من فيه علقة رقٍ، ولا ذميًا ولا غنيًا، فإن فعل أعاد ؛لأن الله تعالى جعلها للمساكين فلا تكون فى غيرهم.

قال مالك: ولا يجزىء أن يطعم فى الكفارات كلها إلا حرًا، مسلمًا، مسكينًا

قال: ولا يطعم فى شىء من الكفارات أحدًا من قرابته وإن كانت نفقتهم لا تلزمه ، فإن أطعم من لا تلزمه نفقتهم أجزأه إن كانوا محاويج.

قال: ويطعم الرضيع من الكفارات إذا كان قد أكل الطعام.

قال ابن القاسم: ويعطى ما يعطى الكبير ، فإن كان فى يمين بالله تعالى أعطى مدًا بمد النبى - ﷺ -.

فى العتق فى كفارة الظهار

ولما ذكر الله عز وجل فى عتق قتل النفس رقبة مؤمنة كان كذلك فى الظهار وغيره من الكفارات، وفى حديث السوداء ما دل على ذلك إذ قال ربها للنبى ـ ﷺ ـ عليّ رقبة أفأعتقها ؟ ولم يذكر عماذا لزمته، فلم يأمره النبى ﷺ بعتقها حتى سألها: « **أين الله تعالى؟**» فقالت: فى السماء، فقال: «**من أنا؟**» ، فقالت: رسول الله، فقال له ـ ﷺ ـ حينئذ : «**أعتقها**»(١) .

وفى غير حديث مالك: «**إنها مؤمنة**» ولا تجزئ ذات العيب البين فى رقبة ولا هدى أو نسك، ونهى الرسول ـ ﷺ ـ عن ذوات العوار فى النسك.

وسُئل عليه الصلاة والسلام :أى الرقاب أفضل؟ فقال: «أغلاها ثمنًا، وأنفسها عند أهلها»(٢).

قال مالك: لا يجزىء فى الظهار وغيره من الكفارات إلا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب الفاحشة.

قال أصبغ: ومن أعتق منفوسًا عن ظهاره ثم كبر فكان أخرس، أو مقعدًا، أو أصمًا، أو مطبقًا جنونًا، فلا شيء عليه ،وقد أجزأه ،وهذا شيء يحدث، وكذلك فى البيع لا يرد بذلك.

ومن «المدونة»: ومن أعتق عن ظهاره نصف عبد لا يملك غيره ثم أيسر بعد ذلك فابتاع باقيه، فأعتقه عن ظهاره لم يجزه لتبعيض العتق ،وهو حين ملك بقيته لا يعتق عليه وكان له ملكه، وكذلك قال مالك فيمن أعتق شقصًا له فى عبد، وهو معدم، ثم أيسر فاشترى نصيب صاحبه ، أو ورثه، أو تصدق به عليه ، أو وهب له، أو أوصى له به، فقبله، أنه لا يعتق عليه، ولو أعتق نصفه عن ظهاره، وهو موسر فقوم عليه بقيته ونوى به الظهار لم يجزه؛ لأن الحكم يوجب عليه عتق بقيته.

ابن المواز: قال ابن القاسم: وإن أعتق جميع عبد بينه وبين شريكه، وهو موسر أجزأه عن ظهاره أو كفارة عن يمينه.

---

(١) أخرجه مسلم (٥٣٧) من حديث معاوية بن الحكم السلمى رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٨٢) ومسلم (٨٤) من حديث أبي ذر رضي الله عنه.

وقد قال مالك: فيمن أعتق جميع عبيد بينه، وبين شريكه: إن ذلك يلزمه، وليس لشريكه أن يعتق نصيبه إذا كان الذى [ق/ ١٧٠/ ٣أ] أعتق جميعه ميتًا.

م: وهذا على الرواية المذكورة فى كتاب الرجم ،وقد قال فيها أشهب وسحنون: إن لشريكه أن يعتق نصيبه ،وهذا هو الصواب، فعلى هذا القول ينبغى ألا يجزى عتقه فى الظهار؛ لأن شريكه مقدم عليه فى الرد والإجازة، وقاله سحنون وأصبغ.

ومن «العتبية»: قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أعتق نصف عبده عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار: أنه يجزئه، فإن لم يعتق باقيه ورفعه إلى السلطان :قال: يأمره بذلك ، فإن أعتقه عن ظهاره أجزأه ذلك وإلا أعتقه عليه.

ابن حبيب: وقال ابن الماجشون وأصبغ: لا يجزئه أن يعتق باقية عن ذلك الظهار وليعتق عليه بالسنة ، وعاب أصبغ قول ابن القاسم، وكذلك قال سحنون فى «كتاب ابنه».

م: وهو الجارى على أصله فى «المدونة»: أن ذلك لا يجزئه.

ومن المدونة: ولا يجزئه أن يعتق عن ظهاره أو غيره من الكفارات رقبة يشتريها بشرط العتق ، وقاله ابن عمر ومعقل بن يسار صاحب النبى - ﷺ - وغيرهما من أهل العلم، ولأنها ليست برقبة تامة، لما وضع له من ثمنها بشرط العتق فيها.

قال مالك: ولا يجزئه أن يعتق مدبرًا ولا مكاتبًا، وإن لم يؤد من كتابته شيئًا، ولا معتقًا إلى أجل ، ولا أم ولد، أو عبد قال: إن اشتريته فهو حر، فاشتراه فأعتقه عن ظهاره فلا يجزئه؛ لأن كل من يعتق عليه إذا ملكه فلا يجزئه عتقه عن ظهاره صار إليه بشراء ، أو ميراث ، أو هبة ، أو صدقة أو وصية ، أو غيرها فقبله ، ونوى به عن ظهاره فلا يجزئه ذلك ولا تجزئه إلا رقبة يملكها قبل أن تعتق عليه.

ابن المواز عن ابن القاسم: ولو قال: إن اشتريت فلانا فهو حر عن ظهارى ، فاشتراه فهو يجزيه عن ظهاره.

م: وذكر أن أبا عمران غمز المسألة، فقال: لا يجزئه إذا كان قد ظاهر قبل قوله : إن اشتريت فلانا فهو حر عن ظهارى من أجل أنه لا يستقر ملكه عليه ، ويعتق بنفس الشراء .

قال: وأما لو لم يكن ظاهر لأجزأه ذلك، وكأنه قال: إن اشتريتك فأنت حر عن ظهارى إن وقع منى شىء ونويت العودة ، فإن لم ينو العودة فلا يعتق عليه، قيل له: والذى فى «كتاب ابن المواز»: قد حصل منه الظهار ،وكأنه أراد العودة حين قال: إن

اشتريتك فأنت حر عن ظهارى ؟

فقال ابن القاسم: لا يراعى فيه العـودة ، وقد ظهر ذلك منه فى مسائل كـثيرة، وإنما يلزمه نية العودة عند عبد الملك وسحنون.

والمسألتان سواء ، ونيـة العودة فى مسألة محمد أمكن لحصول الـظهار فيها، وكل مكفر عن ظهـار فإنما يريد حل الظهار الذى منعـه الوطء ليطأ ، فهذه نية العـودة، فلا فرق بين قوله لعـبد: إن ملكتك ثم ظاهرت فأنت حر عن ذلـك الظهار، وبين قوله: فأنت حر عن ظهار لزمه؛ لأن كليهما عقـد فيهما الحرية لظهار كان أو إن كان، وهو فى الذى كان أبين ، لتمكن نية العودة فى ظهار قد حصل ، والله أعلم.

قال مالك: وإلى أعتق ما فى بطن أمته عن ظهـاره لم يجزه ، ويعتق إذا وضعته وإن أعتق عبـده عن ظهاره على مال يكون عليه دينا لم يـجزه ، وإن كان المال فى يد العبد فـاستثناه السيد جـاز عتقه عن ذلك الظهـار، إذ له انتزاعه، كقول مـالك فيمن أوصى بعتق رقـبة فوجد الوصى عـبداً يباع ، وأبى ربه بيعـه حتى يتعجل من الـعبد مالاً، فذلك جائز وهو يجزئ عن الميت.

قال: ومـن أعتق عـبده عن رجل عن ظهـار عليه على جـعل جعله لـه فولاؤه للمعتق عنه، وعليه الجـعل كاملاً، ولا يجزئه على ظهاره ، كمن اشتـرى رقبة بشرط العتق فأعتقها عن ظهاره، فلا يجزئه عن ظهاره ، وهو حر ، والولاء له.

وسئل أبو عمران عن الرجل يعتق عن رجل عن ظهار ؟ لزمه، فقال: يجزئه.

قيل له: لِمَ أجزأه وهو لم يرد العـودة؟ فقال :ابن القاسم لا يراعى نيـة العودة، قيل له: أرأيتَ لـو لم يرض بالعتق ؟ فقـال: لا يجزئه عن الظهـار، فقـيل له: فإن الولاء له فكيف لا يجزئه ؟ فـقال: كما يعـتق المكاتب والمدبر ، فيكون له الولاء ولا يجزئه عن ظهاره.

وسئل عن الذى ظاهر من أمـته وليس له [ق/ ٢٣٧أ] غيرها فـأعتقهـا عن ظهاره وكيف أجـزأه ذلك،وهو إذا أعتقهـا حرم عليه فرجـها ؟ فقال:نيـة العودة إلى الوطء يوجب عليه الكفارة ، فإذا أعتقها زال عنه الظهار ،وحرم عليه فرجها إلا بتزويج.

قيل له: فإن بعض الناس ضعف هذه المسألة ؟.

فقال: إنما يضعفها من لا يعرف ما للسلف فى ذلك ، والقاسم بن محمد وسالم وغيرهما يقولون: إن الظهار فى الإماء ويعتقن عن ظهارهن.

وقال غـير واحـد من القرويين : إنما تصح المـسألة إذا كان قـد وطئ ، أو على

القول الذى يرى أن بإرادته العودة لزمته الكفـارة، وإن ماتت أو طلقها والكفارات إنما وضعت تحل الأيمان، فـإذا كفر لحـل يمينه فقد انحل، فـلا تراعى حرمت عليـه بهذه الكفارة أم لا، ومـتى ما حلَّ له وطؤها لم يكن عليه فـيها يمين تمنعه الجـماع ، والله أعلم.

وفرق بعض أصحـابنا بين من أعتق عن رجل لظهار لزمـه أو غيره وبين من أدى عن رجل زكاة لزمته ، فقال: تجزىء فى الكفارة ، ولا تجزئ فى الزكاة.

قال: لأن الزكاة ليست فى ذمتـه والعتق لزم ذمته كالدين ،فلو عكس ذلك لكان أولى.

وذلك أن الكفارة قبل الحنث غير لازمة ، والزكاة إذا حلت فقد وجبت، فإذا كان يجزئه العتق عنه فى الكفـارة التى لم يحنث فيها إذا كان بأمره فـفى الزكاة التى لزمته إذا أداها عنه بأمره أحـرى أن تجزئه ؛ لأنها كدين عليـه، وهذا بين، فإن قال: أردت فى كفارة لزمته بالحنث ؟ قيل : ذلك كزكاة حلت، ووجبت، وأهل قبل الحنث وقبل حلول الزكاة فالحكم معكوس، يجزىء فى الظهار، لجواز أدائها قبل الحنث ولا يجزئ فى الزكاة ؛ لأنها لا تؤدى قبل حلولها.

فصل

ولا يجزىء أقطع اليد الواحدة أو أصبع، أو أصبعين، أو الإبهام أو الإبهامين، أو الأذنين، أو أشل، أو أجذم، أو أبرص أو أصم أو مجنون، وإن أفاق أحيانا، ولا أخرس ولا أعمى ولا مفلوج يابس الشق، وأجاز غيره مقطوع الأصبع الواحدة، أو من به برص خفيف ولم يكن يمرض.

قال ابن القاسم: ولا يعجبنى عتق الخصى فى شىء من الكفارات.

ابن المواز: واختلف فى ذلك، فقيل: يجوز، وقيل: لا يجوز.

ومن «المدونة»: وأجاز مالك عتق الأعور فى الظهار، وقاله النخعى والحسن.

ابن المواز: وقال عن مالك: لا يجزئ عتق الأعور فى الظهار.

فوجه قول مالك : هو أن العين الواحدة تقوم مقام الاثنتين، ويرى بها ما يرى بالاثنتين ولذلك ديتها كدية العينين جميعًا [ق/ ١٧١/ ٣أ] ألف دينار فهو كالصحيح.

ووجه قول عبد الملك: فلأنه فقد ما يجب فيه شطر الدية كأقطع اليد.

ومن «المدونة»: قال مالك: ويجزىء عتق الأعرج فى الكفارات إذا كان عرجًا خفيفًا.

قال ابن القاسم: وإن كان به عيب خفيف كجدع فى أذن، أو أنملة أو قطع طرف أصبع فأرجو أن يجزئ فى كل الكفارات.

وما كان من عيب فاحش أو ينقصه فيما يحتاج إليه من عنائه أو جزائه لم يجزه.

قال مالك: ويجوز عتق الصغير فى كفارة الظهار إذا كان من قصر النفقة، وعتق من صلى وصام أحب إليّ.

قال ابن القاسم: يريد من عقل الصلاة، والصيام.

قال مالك: ومن اشترى أعجميًا فأعتقه عن ظهاره فإن كان من خيف النفقة فأرجو أن يجزئه، وعتق من صلى أو صام أحب إليّ.

وفى نقل أبى محمد عن ابن المواز : قال ابن القاسم: يجزئ عتق الأعجمى الذى يجبر على الإسلام وإن لم يسلم.

والذى فى كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم: ويجزىء الأعجمى عند مالك وغيره، وهو أحب إليّ، وذلك الأمر عنده ؛ لأنهم على دين من اشتراهم.

قال ابن القاسم: وهو رأيى ابن المواز : وقال أشهب: لا يجزئ حتى يجيب إلى الإسلام، وهو أحب إليّ من قول بعض أصحابنا: وينبغى على قول ابن القاسم أن يوقف عن امرأته حتى يسلم ، وإن مات [ق/١٦٧/٣ب] قبل أن يسلم لم يجزه.

وقلت أنا: بل له وطء زوجته حين أعتقه.

ولو مات قبل أن يسلم لأجزأه ؛ لأنه على هذا القول على دين من اشتراه، ولما كان يجبر على الإسلام ، ولا يأباه فى غالب أمره حمل الأمر على الغالب فيه، فكأنه مسلم بعد ، كالصغير الذى هو على دين أبيه، بل إن قول أشهب أحسن.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وأجاز عتق الرضيع فى الكفارات عدد من التابعين ، وأجاز أبو هريرة وغيره عتق ولد الزنا فى الكفارات.

ابن المواز: وقيل: لا يجزئ.

قال ابن القاسم فى «المدونة»: ومن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره، أو عن شيء من الكفارات بأمره أجزأه، والولاء للمعتق عنه، وإن كان بغير أمره قبل أن يطأ أو يريد العودة لم يجزه، وإن كان بعد وطء أو إرادة العودة فبلغه ذلك فرضى أجزأه؛ لأن مالكًا قال فيمن أعتق عبده عن ميت لظهار لزمه أو ودى عنه كفارة لزمته : أن ذلك يجزئه ، فكذلك الحى إذا بلغه فرضى به.

سحنون: وقد قال ابن القاسم وغيره : لا يجزئه إلا بأمره ؛ لأنه عتق لا يرد رضى هذا أو كره، وإذا قال: قد أجزت ، فإنما أجاز شيئًا قد فات فيه المعتق ،وهو أحسن، إن شاء الله تعالى.

فيمن صام عن ظهاره فى رمضان أو ذى الحجة أو سافر فى صومه فمرض

قال ابن القاسم: ومن صام شعبان ورمضان ينوى بهما الظهار، ويريد أن يقضى رمضان فى أيام أُخر لم يجزه رمضان لفرضه، ولا لظهاره.

وقال ابن حبيب: إذا صام شعبان لظهاره ورمضان لفرضه ثم أكمل ظهاره بصيام شوال أن ذلك يجزئه، فيحتمل أن يكون ذلك موافقًا لقول مالك فيمن صام، ذا القعدة وذا الحجة لظهار عليه جاهلاً فعسى أن يجزئه.

وقال بعض شيوخنا : أن ذلك لا يجزئه ؛ لأنه تفريق كثير، والأول أولى؛ لأن الجهالة غرر كالمرض فى غير وجه.

قال مالك: ومن صام ذا القعدة، وذا الحجة لظهار عليه ، أو قتل نفس خطأ لم يجزه ، إلا من فعله بجهالة وظن أن ذلك يجزئه ، فعسى أن يجزئه.

قال أبو محمد : يريد ويقضى أيام النحر التى أفطر ويصلها.

قال مالك : وما هذا بالبين ، وأحب إلى أن يبتدئ.

وقال سحنون: لا يجزئه ، ونقل أبو محمد فى «النوادر» عن مالك: أنه إن أفطر يوم النحر وصام أيام التشريق رجوت أن يجزئه، وهذا أصح من قوله: وأفطر أيام النحر.

قال ابن القصار: لأن صوم هذه الأيام إنما هو على الكراهية؛ لأن مالكًا قال فيمن صام شهرى التتابع وهو يعلم أنه يمر بيوم النحر ووصل ما بعده أجزأه.

فدل: أنها تصام كما يصومها المتمتع.

وقال أبو القاسم بن الكاتب: معنى مسألة «المدونة» أنه صام يوم النحر وأيام التشريق فيقضيها ويبنى.

وأما لو أفطرها لم يجزه البناء ؛ لأنه صوم غير متوال والأول، وإن كانت أيامًا لا تصام فهو لم يأكل فيها ونوى صيامها، وإن كانت لا تجزئه قال الشيخ : فصار فى ذلك ثلاثة أقوال:

قول يجزئه البناء وإن أفطر أيام النحر كلها إذا جهل ذلك.

وقول لا يجزئه إلا أن يفطر يوم النحر خاصة ويصوم أيام التشريق.

وقول: لا يجزئه إلا أن يصومها كلها ، ويقضيها ويبنى وهو أضعفها.

قال مالك: ومن سافر فى شهرى ظهاره فمرض فأفطر فيهما فأخاف أن يكون السفر هيج عليه مرضه حرًا أو بردًا أصابه .

ولو أيقنت أن ذلك لغير حر أو برد أهاجه السفر لأجزأه البناء ، ولكنى أخاف.

وقال سحنون: يجزئه.

قال مالك: ومن صام لظهاره ثم مرض فأفطر فليبن إذا صح، فإن أفطر يومًا متعمدًا بعد قوته على الصوم ابتدأ.

قال: وإن حاضت امرأة فى صوم عليها متتابع ولم تصل قضاء أيام حيضتها فلتبتده.

قلت: فقول الله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[1] من هذا الذى لا يستطيع؟ فقال : هو الصحيح الذى لا يقوى [ق/ ٢٣٦أ] على الصوم من كبر، أو ضعف ، ومن الناس من هو صحيح لا يقوى على الصوم.

ومسألة من تظاهر وهو مريض قد تقدمت فى باب الصوم فى الظهار فأغنى عن إعادتها.

فى كفارة من ظاهر من جماعة نساء أو يمين بالله تعالى

قال مالك: ومن ظاهر من أربع نسوة له فى غير مرة واحدة لزمه فى كل واحدة منهن كفارة.

قال ابن القاسم: فإن أعتق عنهن أربع رقاب فى مرة واحدة أجزأه، وإن لم يعين التى أعتق عن كل واحدة؛ لأنه لم يشرك بينهن فى العتق، وليس لهن من ولائهم شىء ، وكذلك إن أعتق ثلاث رقاب عن ثلاث منهن غير معينات ، وحاشىء واحدة من نسائه لم ينوها بعينها أجزأه ذلك ، إلا أنه لا يطأ واحدة من الأربع حتى يعتق رقبة رابعة، ولو ماتت منهن واحدة أو طلقها كان كذلك أيضًا لا يطأ واحدة منهن حتى يعتق رقبة رابعة.

م: يريد فإن وطئ فقد أساء، ولم يكن له أن يطأ واحدة منهن حتى يكفر، وقد تخلدت هذه الكفارة فى ذمته لا يزيلها موتهن أو طلاقهن بخلاف لو لم يطأ [ق/ ١٧٢/ ٣أ].

---

(١) المجادلة (٤).

ومن كتاب ابن المواز : قال أشهب: إن أعتق عن الأربع أربعة أرؤس أجزأه، وإن لم يعين عن كل واحدة رأسا.

ولو أعتق اليوم رأسين ، وفى غد رأسين، ولم يسم فى ذلك واحدة بعينها لم يجزه ، وإن أعتق ثلاثة أرؤس وأطعم ستين مسكينًا فى مجلس واحد لم يجزه قال ابن المواز : ولم يعجبنا قوله.

م: وهذا خلاف قول ابن القاسم المتقدم.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: وإن أعتق ثلاث رقاب عن الأربع أستأنف عتق أربع رقاب؛ لأنه أشركهن فى كل رقبة ، ولا يجزئه هاهنا عتق رقبة رابعة، ماتت إحداهن ، أو طلقها ، أو لم يطلقها، وكذلك الجواب فى تظاهره من امرأتين وعتقه عنهما، قال: ولو صام ثمانية أشهر متتابعات عن الأربع نسوة ينوى لكل واحدة منهن لم يعينها كفارة أجزأه ، وكذلك الإطعام.

فإن أشركهن فى كل يوم فى الصيام أو فى كل مسكين فى الإطعام لم يجزه ، إلا أن ينوى به مدًا لكل مسكين فى كفارته.

وإن لم ينو امرأة بعينها، ولا كفارة كاملة فيجزئه ذلك ؛ لأن الإطعام يجزئه أن يفرق فيطعم اليوم عن هذه أمدادًا، وفى غد عن الأخرى أمدادًا ، ثم يتم بعد ذلك كفارة عن كل واحدة فتجزئه وإن كان مفترقًا بخلاف الصوم؛ لأن فيه شرط التتابع.

وإن ماتت واحدة وقد أطعم عن جميعهن مائة وعشرين مسكينا ولم ينو ما لكل واحدةٍ من ذلك ، ولا أشركهن فى كل مسكين سقط حظ الميتة من ذلك، وذلك ثلاثونَ مدًا، وجبر على ما بقى بعد ذلك تمام ثلاث كفارات ، ولو تظاهر منهن فى كلمة ثم وطئ واحدة منهن لزمته كفارة واحدة ،فإن صام شهرين ونوى بصومه التى وطئ، وأدخل الباقيات فى نيته، أو نسيهن فذلك يجزئه عنهن.

ولو جامع ليلا فى صوم غير التى نوى الصوم عنها ابتدأ ؛ لأن صومه وكان يجزىء عن جميعهن ، كمن حلف بالله فى أشياء سماها ألا يفعلها فحنث بفعل أحدها فكفارة تجزئ عن جميعها، وإن نوى بالكفارة الشيء الذى حنث به ناسيًا لباقيها أو ذاكرًا فلا شيء عليه فيما بقى مما كان حلف عليه ألا يفعله لو فعله، وكذلك لو كفر قبل حنثه فى اليمين بالله تعالى ونوى فكفارته أحد هذه الأشياء التى حلف لا فعلها، ولم يدخل باقيها فى كفارته أجزأه ذلك عن جميعها ، ثم لا يلزمه شيء من

فعل باقيها.

وقد استحب مالك الكفارة فى اليمين بالله تعالى بعد الحنث ، قال: وإن كفر قبل الحنث رجوت أن يجزىء عنه.

وقد سئل مالك عمن حلف بعتق رقبة ألا يطأ امرأته ، فأخبر أن الإيلاء عليه، فأعتق إرادة إسقاط الإيلاء ؟.

قال مالك: أحب إلى أن يعتق بعد الحنث، فإن أعتق قبله أجزأه ، ولا إيلاء عليه.

قال ابن المواز: وقال أيضًا مالك: لا يلزمه ذلك إلا فى رقبة معينة.

تم كتاب الظهار بحمد الله وحسن عونه

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيراً



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب التخيير والتمليك

باب جامع فى تخيير الزوجة وجوابها [ق/٢٣٨أ]

وقد خير الرسول - عليه الصلاة والسلام - نساءه كما أمر الله سبحانه ، قالت عائشة - : رضى الله عنها - فبدأ بى رسول الله - ﷺ - وتلا هذه الآية : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾(١). فقلت له: إنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة، قالت عائشة: ثم فعل أزواج النبى - ﷺ - مثل ما فعلت فلم يكن ذلك طلاقًا(٢).

وقاله عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم ، قال زيد بن ثابت وربيعة : واختارت ابنة الضحاك العامرى نسها ، فكان ذلك البتات فكان ما دل عليه الكتاب وبينته السنة فى الخيار أن تبين الزوجة أو تقيم ولا تبين المدخول بها بدون الثلاث إلا فى طلقة بائنة يوجبها حكم ،أو خلع ،والله أعلم.

ومن الأحكام لإسماعيل اختصار بكر القاضى قال: وقد ظن قوم أن رسول الله ﷺ خير نساءه فى الطلاق، وهذا ظن سوء أن يظن برسول الله - ﷺ - أن يخير فى طلاق يكون ثلاثًا، وإنما خيرهن بين الدنيا والأخرة، فإن اخترن الأخرة كن على ما كن عليه ولهن ما اخترن، وإن اخترن الدنيا طلقهن حينئذ طلاق السنة الذى علمه الله.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾(٣) وهذا من قوله يدل على خلاف اختيار ابنة الضحاك نفسها ؛لأنه كان يكون اختارت خلاف ما جعل لها فلا يلزم ما اختارته.

وقال بعض البغداديين: إنما يكره التخيير كما يكره التطليق ثلاثًا ، فإن فعل لزمه كما يلزمه تطليقه ثلاثًا .

---

(١) الأحزاب (٢٨ - ٢٩).

(٢) أخرجه مسلم (١٤٧٥).

(٣) الأحزاب (٢٨).

وحكى لنا عن أبى عمران أنه قال: لا يكره للرجل أن يخير زوجته كما يكره له التطليق ثلاثًا، وإنما يكره ذلك للمرأة، أن تطلق نفسها ثلاثًا، فقيل: إنما صار ذلك إليها بسببه ، فقال: أليس الذى يقصد إلى البدعة كالذى لا يقصد إليها ؟ فقيل له : ما ذكر أبو محمد عن بعض البغداديين أنه يكره التخيير، كما يكره التطليق ثلاثا، فقال: هذا شيء ذكره بكر القاضى ، وما فى الحديث يرده ؛ لأن النبى - عليه السلام - قال لعائشة رضى الله عنها : « **لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك**»[1] أو كما قال - ﷺ - .

فلو علم أنها تختاره لم يقل لها: «لا تعجلى » ، وقد ذكر فى بعض الحديث أن امرأة بدوية اختارت نفسها ، فلا يكره ما فعله النبى - ﷺ - واستعمله السلف بعده: قال مالك - رحمه الله -: ومن قال لامرأته بعد البناء: اختارى نفسك ، فقالت: اخترت نفسى ، فهى ثلاث، ولا مناكرة للزوج.

وإن قال لها : اختارى ، فقالت: قبلت أمري، سئلت ما الذى قبلت ، فإن قالت : ما جعل لى من الخيار ولم أطلق قيل لها: فطلقى إن أردت أو فردى ،فإن طلقت ثلاثًا لزمته، ولا مناكرة له ، وإن طلقت دون البتات لم يلزمه شيء ، وإنما لها الخيار أن تطلق ثلاثًا، أو ترد ذلك.

وإن قالت: أردت بذلك الطلاق سئلت أى الطلاق أرادت، فإن كان دون البتات بطل، ولم يلزم الزوج شيء، وإن كان البتات لزم ولا مناكرة للزوج.

قال ابن المواز: قال مالك وأصحابه : إذا طلقت واحدة فليس بشيء، إلا عبد الملك فقال: تكون ألبتة.

م: فوجه قول مالك: أنها اختارت ما لم يجعل لها ،فلم تكن بذلك مختارة ما جعل لها أصله، لو اختارت شيئًا آخر مخالفا لما هما فيه، فلا خلاف أن ذلك قطع لخيارها.

ووجه قول عبد الملك : أن اختيار البعض فيما لا يتبعض اختيار له [ق/ ١٧٣/ ٣أ] بكماله كمن طلق بعض طلقة أنه تلزمه طلقة كاملة ،إذ لا يتبعض الطلاق.

قال ابن [ق/ ٢٣٩أ] المواز: وإذا اختارت واحدة فتبين من الزوج الرضى بها فتلزمه وله الرجعة ليس من قبل الخيار ؛ لأن الخيار طلاق لا رجعة فيه.

م: يريد : لكن لرضاه بما طلقت به نفسها ، فهو كما لو طلقها ذلك.

---

(١) تقدم.

ومن «المدونة»: قال مالك: وإنما ينظر فى الخيار، والتمليك إلى ما قال الزوج فإن قال: اختارى ، فهذا خيار ، وإن قال: أمرك بيدك ، فهذا تمليك ، ولتسأل المرأة فى الخيار، والتمليك كما وصفنا ، ليس للزوج مناكرة المدخول بها فى الخيار وله مناكرتها فى التمليك إذا قضت بأكثر من الواحدة إن ادعى نية فى ذلك.

فالفرق بينهما أن الخيار إنما جعل لها فيه أن تقيم عنده أو تبين منه ، والواحدة لا تبينها، فلما كانت الواحدة لا تبينها علمنا أنه إنما جعل ذلك إليها فى الثلاث ،وقد جرت فيه السنة التى قدمناها. وأما التمليك فلم يجعل لها الخيار فى أن تبين منه أو تقيم عنده ، وإنما جعل لها أن تطلق واحدة، أو اثنتين، أو ثلاثًا، إلا أن يناكرها، فيعلم أنه لم يجعل لها إلا ما قال مع يمينه، ويكون أملك بها.

وإن قضت المملكة بواحدة ، فقال الزوج: كذلك أردت، كان التمليك بها.

أبو محمد: وقال ابن أبى سلمة: التخيير والتمليك سواء، وله فيه المناكرة.

ومن «المدونة»: قلت: فإن قال لها : اختارى فى أن تطلقى نفسك تطليقة واحدة، وفى أن تقيمي،فقالت: اخترت نفسى،فقال:سئل مالك عنها، فقال لزوجها: احلف بالله ما أردت بقولك: اختارى فى واحدة إلا واحدة، وتكون أملك بها.

قيل لابن القاسم: فكيف كانت المسألة التى سألوا مالكًا عنها؟ قال: سألوا مالكًا عن رجل ، قال لامرأته: اختارى فى واحدة ، فأخبرهم ما أخبرتك.

قال ابن المواز: وإنما استحلفه مالك فيما نرى خوفًا أن يكون إنما قال لها: اختارى فى واحدة أى مرة واحدة فتكون ألبتة ، فأما إن بين لها ، فقال لها: اختيارى فى أن تطلقى من الطلاق واحدة ، فلا يمين عليه.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: وإن قال لها: اختارى فى تطليقة ، فقالت: قد اخترتها أو اخترت نفسى ، لم تلزمه إلا واحدة، وله الرجعة ، ولا يكون لها أن تختار أكثر من واحدة، وإنما لزمته واحدة إذا قالت : اخترت نفسى ؛ لأنها قد اختارت ما جعل لها، وزادت عليه ، فلزمه ما جعل لها وسقط عنه الزائد.

ابن حبيب: وقال مطرف عن مالك فيمن ملك امرأته فى واحدة فقضت بالبتة فلا شيء لها؛ لأن ألبتة لا تتبعض، ولو قالت بالثلاث لزمته واحدة.

وساوى بينهما المغيرة،فقال فى البتة كما قال مالك فى الثلاث:أنها تلزمه واحدة.

وقال أصبغ: إن ملكها ثلاثًا أو قال: ألبتة. فقضت بواحدة أو ملكها واحدة فقضت بالبتة ، أو بالثلاث فذلك كله باطل ؛ لأنه غير ما أعطاها.

م: وقد وجه مطرف قوله، ووجه قول المغيرة : إن ألبتة كناية عن الثلاث.

ألا ترى أنه إذا أوقعها عليها لم يتزوجها إلا بعد زوج كالثلاث ، فله في هذا حكم الثلاث.

ووجه قول أصبغ فيما إذا جعل لها واحدة فقضت بالثلاث : إنه لا يلزمه شيء؛ لأنه غير ما جعل لها أصله إذا جعل لها الثلاث فقضت بواحدة.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: وكذلك إن ملكها، فقضت بواحدة أنه يملك رجعتها إلا أن يكون مع ذلك فداء فيكون بائنًا.

قال مالك: وإن قال لها : اختارى ، فقالت: قد اخترت طلقة ، أو طلقتين فلا شيء لها إلا أن تختار ثلاثًا.

قال ابن القاسم: وكذلك إن قال لها: اختارى تطليقتين، فاختارت واحدة، لم يقع عليها شيء.

وكذلك إن قال لها: طلقى نفسك ثلاثًا ، فقالت: قد طلقت نفسى واحدة لم يقع عليها شيء.

وإن خيرها بعد البناء ، فقالت: خليت سبيلك، ونوت الواحدة لم يقع عليها شيء من الطلاق ، وإن لم تكن لها نية فهى البتات.

فصل

قال ابن القاسم: ومن قال لزوجته: اختارى اليوم كله، فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها.

قال أبو محمد وغيره: يريد فى قولى مالك جميعًا بخلاف افتراقهما فى المجلس؛ لأن المجلس أخذ فيه بالاجتهاد [ق/ ٢٤٠أ] فاحتمل فيه التأويل ، واليوم بالتوقيف فارتفع التأويل منه.

قال: وهكذا كان علماؤنا يقولون فى هذه المسألة.

م: وهو الصواب وإن كان خلاف ظاهر الكتاب ، ونص ما فى الكتاب.

قلت: أرأيت إن قال لها: اختارى اليوم كله ،فلم تختر حتى مضى اليوم كله ، قال: أرى أن ليس لها أن تختار إذا مضى ذلك اليوم كله ؛لأن مالكًا قال: إن خيرها ،

فلم تختر حتى تفرقا من مجلسهما فلا: خيار لها فكذلك مسألتك إذا مضى الوقت الذى جعل لها الخيار إليه ، وأما قوله الآخر : فإن لها الخيار وإن مضى ذلك الوقت؛ لأن مالكًا قال فى الرجل يخير امرأته فيفترقان قبل أن يقضى حتى يوقف أو حتى يجامعها، وقوله الأول أعجب إليّ ، وبه آخذ، وعليه جماعة الناس فظاهر الكتاب يبين أن اختلاف قول مالك يدخل فى الوجهين.

ومن «المدونة»: **قال ابن القاسم:** وكذلك إن خيرها ولم يوقت يومًا ، ثم افترقا من المجلس قبل أن تختار فلا خيار لها فى قول مالك الأول، وبه أقول، وعليه جماعة الناس وروى مثله عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وغيره.

وقول مالك الآخر : إن لها أن تختار ، وإن مضى الوقت وتفرقا ما لم توقف أو توطأ.

م: فوجه قوله الأول : أن ذلك إيجاب يقتضى قبولاً، فإذا لم يحصل الجواب فى الحال بطل لفظ الإيجاب كالإيجاب فى البيع والنكاح.

ووجه قوله الثانى : قياسًا بعتق الأمة تحت العبد ؛ لأنه معنى نقل طلاقه بيدها كما نقله العتق.

ومن «المدونة»: **قال مالك:** وإذا قال لها : إذا جاء غد فقد خيرتك وقفت الآن فتقضى أو ترد، وإن وطئها قبل غد فلا شىء بيدها.

وإن قال لأجنبية: يوم أتزوجك فاختارى فتزوجها، فلها الخيار. وإن قال لها: كما تزوجتك فلك الخيار أو فأنت طالق فالخيار لها، والطلاق واقع عليها كلما تزوجها، وإن نكحها بعد ثلاث تطليقات لقوله: كلما.

وإن قال لامرأته: إذا قدم فلان فاختارى ، فذلك لها إذا قدم فلان، ولا يحال بينه، وبين وطئها، وإن وطئها الزوج بعد قدوم فلان، ولم تعلم المرأة بقدومه إلا بعد زمن فلها أن تختار حين تعلم، وإن خيرها ثم خاف أن تختار نفسها فأعطاها ألف درهم على أن تختار لزمته الألف إن اختارته، وكذلك إن شرط فى عقد نكاحها أنه إن تسرر عليها فأمرها بيدها، ففعل ، فأرادت أن تطلق نفسها ،فقال لها: لا تفعلى ولك ألف درهم ، فرضيت بذلك لزمته الألف درهم ، وإن خيرها فقالت: اخترت نفسى إذ دخلت على ضرتى ، فلها أن توقف فتختار أو تترك.

وقال سحنون فى «المجموعة»: ليس لها قضاء ؛ لأنها أجابت بغير ما جعل لها.

وذكر عن أبى عمران فيمن قال لزوجته: اختارى نفسك، فقالت: اخترت نفسى

زوجى ونفسى ، قال: هذا أمر محتمل [ق/ ١٧٤/ ٣أ] ومشكل والنظر فى إذا قالت: اخترت نفسى وزوجى أن الطلاق قد وقع عليها.

م: الحكم فى هذا لأول، قولها، والثانى يعد ندمًا منها، فإذا قدمت اختيار زوجها فقد أسقطت ما جعل لها فى نفسها.

وفى «العتبية»: قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته: قد خيرتك، فقالت: قد طلقت نفسى بواحدة بائنة. قال: ليس بشيء ولو كان تمليكًا كان له أن يناكرها ، وتكون واحدة غير بائنة، وله الرجعة ،وإن لم يناكرها فهى البتة.

وينبغى أن يكون فى الخيار ألبتة أيضًا ويكون كمن خيرها، فقضت بالبتة، ويكون كمن قال لزوجته: أنت طالق واحدة بائنة أنها طالق ثلاثًا.

فصل

ومن «المدونة»: وإن خيرها قبل البناء ، فقالت : اخترت نفسي، أو طلقت نفسى ثلاثًا، أو قالت له: قد خليت سبيلك تريد الثلاث ، فله أن يناكرها، فإن قال: لم أرد بذلك إلا واحدة صدق، يريد مع يمينه؛ لأن الواحدة تبينها ، والخيار والتمليك فيها سواء وإن لم تكن له نية حتى خيرها فهى الثلاث ولا يناكرها.

وقاله ابن عمر وغيره ، قال ابن حبيب: قال أصبغ: وإن اختارت واحدة فقال هو: لم أخيرك إلا فى الثلاث ، فله ذلك [ق/ ٢٤١أ] ولا شىء لها ، وكذلك لو لم تكن له نية.

قال سحنون: فإن قالت خليت : سبيلك ، ونوت واحدة ، أو اثنتين، سئل الزوج فإن نوى مثل ذلك فالقضاء فيه مثل ما قضت ، وإن قال : نويت ثلاثًا فلا شيء لها، وكذلك إن قال: لم أنو شيئًا، ولا يمين عليه لأن مخرج اختارى الثلاث.

ومن كتاب ابن المواز: قال مالك : وإذا أجابت المملكة بالظهار لم يلزمه شىء لا ظهار، ولا غيره، ولا ظهار للنساء، وليس لها أن توجب عليه كفارة.

قال مالك: وإذا ملكها فبكت، وقالت: طلقنى زوجى ، فأخبرت أنه ليس بطلاق فقالت: ظننته طلاقًا، فلا شيء عليه.

ابن المواز: والمملكة إذا فارقت المجلس ولم تقض فقالت: نويت الفراق فى المجلس فلا ينفعها ذلك إلا أن تفعل ما يشبه جواب الفراق، مثل أن تقوم مكانها

فتنقل متاعها، أو تخمر رأسها، وتنتقل ، فتصدق إذا قالت: نويت بذلك الفراق ووصلته بكلامه، فهو كالجواب ، وهى واحدة وله الرجعة إلا أن تقول: نويت بفعلى الثلاث، فذلك لها إلا أن يناكرها بنية كانت له وقت القول ويحلف، وقاله عبد الملك.

وقال أصبغ : يحلف يمينين ، ويمين أنه ما علم أن ما فعلته به البتة ولا رضيه، ويمين أنه نوى واحدة.

وقال ابن المواز: يمين واحدة تجزئه بجميع ذلك فيها.

فى التمليك وما دخل فيه من معانى التخيير

روى عن رسول الله ـ ﷺ ـ: أنه قال: «**من ملك امرأته أمرها فلم تقبل نفسها فليس هو بشىء**».

وقاله على ، وابن عمر،وأبو هريرة رضى الله عنه ، وكثير من التابعين.

والتمليك يفارق الخيار ؛لأنه إذا ملكها مبهمًا كان له أن يقول : ملكتك بعضًا دون بعض، ويحلف على ذلك، وكان لها أن تقضى بالبعض فيما ملكها منه الجميع، والخيار أبان الله ـ عز وجل ـ القصد فيه، فحمل على ما ظهر من معناه.

قال: والتمليك قوله: أمرك بيدك، أو طلاقك بيدك، أو طلقى نفسك،أو نحوه.

قال مالك: ومن ملك زوجته قبل البناء، أو بعده، ولا نية له، فالقضاء ما قضت ولا مناكرة له إلا أن يكون له نية حين ملكها فى كلامه الذى ملكها فيه، فله ذلك ويحلف على ما نوى.

ابن المواز : قال أصبغ: والنية التى ينتفع بها فى هذا ما نواه أولاً فى أول كلامه الذى ملكها فيه ، وأخرج التمليك عليه ، فأما ما جدده من النية عندما سمعها تقضى أو بعد ما ملكها فلا ينتفع بها.

ابن المواز: ويحلف مكانه فى المدخول بها ؛ لأن له الرجعة مكانه ، فإن لم يكن بنى ، فلا يلزمه الآن يمين؛ لأنها قد بانت منه، فإذا أراد نكاحها حلف على ما نوى، ولا يحلف قبل ذلك ، إذ لعله لا يتزوجها.

قال عبد الوهاب: وإنما يكون له مناكرتها بثلاثة شروط، وهى: أن يزعم أنه نوى ذلك عند التمليك، وأن يكون تمليكه إياها من غير شرط، وأن يناكرها فى الحال.

وإنما ذلك كان ظاهر تمليكه أنه ملكها جميع ما بيده، فإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون نواه، ويحلف على ذلك فيقبل قوله؛ لأن الطلاق بيده،

فلا يخرج عنه، إلا ما أقر به أنه أراده، ؛ لأن تمليكه، يحتمل ما قاله ،وإنما شرطنا أن يكون ذالك في الحال ؛ لأن إمساكه عنها دلالة على رضاه بما قضت، ولو كان بخلاف ما أراد لبادر بالإنكار.

وإنما شرطنا أن يكون تمليكها طوعًا لا عن شرط ؛ لأنه إذا كان عن شرط فالغرض منها تمليك ما يزيل العصمة، لا نقصان عدد الطلاق ببقاء العصمة ولا تستفيد بشرطها شيئًا، إذ العصمة باقية، وذلك كالعوض في الخلع؛ لأن المقصود منه زوال العصمة، وإلا لم تستفد بالعوض شيئًا.

وقد قال بعض فقهائنا: سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن الرجل يملك زوجته فقضت بالثلاث فلم يناكرها هل له مناكرتها بعد المجلس على قوله في المملكة أن لها أن تقضي بالفراق بعد المجلس ، فقال: لا يدخل الخلاف في المناكرة ، وسكوته التزام لما قضت به بخلاف المملكة ؛ لأن الزوج فوض إليها فلابد من انتظار جوابها على القول الذي لم يقل به ابن القاسم.

ومن «العتبية» : قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال لامرأته: أمرك بيدك. فتقول: قد طلقت نفسي بثلاث، فيقول :لم أرد طلاقًا ، ثم يقول بعد ذلك :إنما أردت واحدة.

قال: يحلف على نيته، وتلزمه تطليقة .

قال أصبغ: هذا وهم عندنا من السامع، لا تقبل منه نية، بعد أن قال: لم أرد شيئًا، والقضاء ما قضت المرأة من البتات، قال عنه أشهب: ومن قال لامرأته [ق/١٦٨/٣ب].

وهي يلاعبها أمرك بيدك، فقالت: قد تركتك، فقال الرجل: لم أرد طلاقًا، ما قلت ذلك إلا لاعبًا، وقالت المرأة : مثل ذلك.

قال: أرى أن يحلف ما أراد إلا واحدة، وتكون واحدة، وفيها شبهة وما هي بالبينة. قيل: فترى على الرجل حرجًا أن يحلف أنه إنما أراد واحدة، والله يعلم أنه ما أراد شيئًا. قال: لابد له من هذا، فكيف يصنع ،فيحلف ما أراد بقوله الطلاق وتكون واحدة وهذه مسألة ضعيفة ، والطلاق هزله جد، والتمليك يجر إلى الطلاق فيؤخذان بقولهما، ويكون قولها : قد تركتك ، كقوله: قد خليتك وفارقتك.

وقد قال ابن المواز فيهما: أنها واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك، فأجعل قولها: قد تركتك واحدة، ولا أجعلها أكثر، إذ لا يحلف النساء في التمليك والله أعلم.

ومن «المدونة» : قال مالك: وإن خيرها أو ملكها، فذلك لها ما دامت في

مجلسها، فإن تفرقا فلا شيء لها. وقاله عمر وعثمان وابن مسعود رضى الله عنهم وكثير من التابعين.

ابن المواز: وكذلك إن ملك أمرها أجنبيًا ما لم يقيد التمليك فيقول: قد قبلت أو أنظر، أو شبهه فلا يضر الافتراق ولا يزول ما بيده إلا بإيقاف [ق/ ١٧٥/ ٣أ] السلطان أو تمكنه من نفسها. ولو قال لها الزوج: لا أفارقك حتى تبينى فراقك أو ردك، فليس ذلك له إلا بتوقيف السلطان، أو ترضى هى بتركه ، أو يطؤها غير مكرهة.

وقاله مالك فى «العتبية».

ومن «المدونة» : قال مالك: وإن وثب حين ملكها يريد قطع ذلك عنها لم ينفعه وحده ذلك إذا قعد معها قدر ما يرى الناس أنها تختار فى مثله، ولم يقم فرارًا، فلا خيار لها بعد ذلك.

وقال فى باب بعد هذا: إذا طال المجلس وذهب عامة النهار وعلم أنهما قد تركا ذلك، أو قد خرجا مما كانا فيه إلى غيره، فلا قضاء لها.

ابن المواز: وقال أشهب: ذلك بيدها ما أقاما فى المجلس ،واحتج بحديث ابن عمر ما داما فى المجلس .

ومن «المدونة» : ثم رجع مالك إلى أن ذلك بيدها حتى توقف أو توطأ. قالت فى المجلس: قد قبلت ، أو لم تقل ، وأخذ ابن القاسم بقوله الأول ، وعليه جل أهل العلم.

قال أشهب فى «المجموعة»: وإنما قال مالك : إن لها ذلك بعد المجلس مرة، ثم رجع عنه إلى أن مات.

قال ابن سحنون عن أبيه: ولو خيرها وهى فى صلاة فريضة فأتمتها، أو فى نافلة فصلت أربع ركعات ، فلا يقطع ذلك ما بيدها، وإن زادت على أربع ركعات حتى تبلغ من الصلاة ما يرى أنها تاركة لما جعل لها، وقد تستشير نفسها فى أكثر من مقدار عشر ركعات.

قال: ولو خيرها فدعت بطعام فأكلت، أو امتشطت أو اختضبت فى مجلسها، فليس بقطع لخيارها إلا أن يكون فى ذلك كلام غير الخيار يستدل به على ترك ما جعل لها مع طول المجلس، والخروج عما كانا فيه.

ابن حبيب: وإذا قالت المملكة: عجل علىَّ، ولم يجلس مقدار ما اختار فى مثله، أن القول قول الزوج وهى مدعية تريد فراقه.

قال بعض فقهائنا: وكذلك ينبغى لو وطئها ،فقالت: أكرهنى . وأكذبها الزوج، أن القول قوله وهى مدعية للإكراه.

وهى بخلاف مسألة «كتاب إرخاء الستور»، إذا خيرها فقالت: كنت اخترت نفسي. وقال الزوج: لم تختر ؛ لأن الزوج أقر بما جعل لها، وادعى عليها ترك ذلك، فلم يقبل منه ، وإذا قالت: عجل عليَّ، وأنكر، فقد تقاررا أن المرأة ما قضت، والظاهر أنهما قد افترقا من مجلسهما، فكانت المرأة هى المدعية على الزوج أنه عجل عليها إذ تحب استئناف فراقه بعد الوقت الذى كان لها، وكذلك فى دعواها الإكراه ؛ لأنها قد أقرت بالوطء الذى يزيل ما بيدها، فدعواها الإكراه لا يلتفت إليه، فذلك مفترق ، والله أعلم.

ابن المواز: ولو أرسل إلى زوجته بالتمليك أو بالخيار، فلم تختر ولم تجب حتى فارقها الرسول.

فقال مالك: ذلك بيدها، بخلاف حضور الزوج، إلا أن يطول الزمان أو يتبين من أفعالها فعل الراضية بالزوج ؛ لأن المشافهة من الزوج كلام بعضه جواب لبعض، والمرسل أعطى من ذلك ما لا ينتظر له جوابًا، وليس للزوج أن يبدو له بعد [ق/ ١٦٩/ ٣ب] أن أرسل إذا أرسل مجمعًا «كالكتاب».

ابن الماجشون: ومن قال للأجنبية : إذا تزوجتك فاختارى ، فلها الخيار إذا تزوجها، وإن لم تقل فى مجلسها قبل النكاح قد قبلت، ولها الخيار بعد النكاح فى مجلس النكاح وفيما قرب منه، ويبطل فيما بعد.

ومن «المدونة»، : قال ابن القاسم: وإن قال لها: أنت طالق إن شئت. فكأنه تفويض فوضه إليها ، فذلك بيدها، وإن افترقا من مجلسهما ما لم توطأ، وأرى أن توقف فتقضى أو ترد فإن قال لها: اختارى واختارى نفسك، فقالت: قد اخترت نفسى.

فقال: لم أرد الطلاق وإنما أردت أن تختارى أى ثوب اشتريه لك ، فإن تقدم كلام دل على ذلك، فذلك له ويدين، وإلا فهو البتات، وإن خيرها فقالت: قد طلقت نفسى سئلت أى الطلاق أرادت ، فإن كان ثلاثًا لزمه ولا مناكرة له، وإن كان أقل لم يلزمه. وإن قالت: قد فعلت ، أو قبلت أمرى أو اخترت أمري. سئلت ما أرادت بذلك ، فإن قالت : ما أردت به الطلاق صدقت. فإن قالت: أردت به طلاقًا دون الثلاث لم يلزمه، وإن أرادت الثلاث لزم ولا مناكرة له.

ابن المواز : إذا قالت : اخترت أمري.

فقال عبد الملك : لا يقبل منها ، وإن قالت : لم أرد الطلاق، ولو علم أنها ممن تعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق، وقصدت ذلك لقبل منها ، ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال إلا من تفقد، فرأيت مذهب عبد الملك : أنها ألبتة.

وقال أشهب: تسأل، فإن قالت : أردت زوجى لم تصدق، وكان طلاقًا، إلا أن تأتى بأمر يعرف به صدقها.

وفإن قالت: حتى أنظر فى أمري، فذلك مخرج.

وإن قالت: كنت لاعبة ، أو لم أرد شيئًا دينت.

وقال أصبغ: هذا هو فراق فى التخيير والتمليك ، ولا تسأل عما أرادت، ولا تحل له إلا بعد زوج.

ومن «المدونة»: وتسأل المرأة فى جوابها بما لها وجه يعرف ما أرادت به فى خيار، أو تمليك إلا أنه يناكرها فى التمليك خاصة إن ادعى نية ويحلف على ما نوى، فإن لم تكن نية حين ملكها فقضت بالثلاث لزمه ولا مناكرة له، فإن أجابت بألفاظ ظاهرة المعانى كقولها: اخترت نفسى أو قبلت نفسي، أو طلقت نفسى منك ثلاثًا، أو طلقتك ثلاثًا أو بنت منك ، أو حرمت عليك أو حرمت على ، أو برئت منك ، أو برئت مني، أو نحو هذا فهو البتات. ولا تسأل فيه المرأة عن نيتها فى خيار ولا تمليك. إلا أن للزوج أن يناكرها فى التمليك على ما وصفنا.

ابن المواز : وقولها: قبلت نفسى مثل : اخترت نفسى فى قولهم أجمع، إلا أشهب بغير حجة. كان يقول : قبلت أمري، وقبلت نفسى سواء، لا يراه طلاقًا حتى توقف ، ولم يره مثل : اخترت نفسى.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: من قال لزوجته : اختارى أباك ، أو أمك، فإن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق، وإن لم يرد به الطلاق فلا شيء عليه.

وقد سئل مالك عمن كانت له زوجة تكثر التردد إلى الحمام، أو إلى غرفة فى دار جيرانها نعزل فيها ، فقال لها: اختارينى أو اختارى الحمام أو الغرفة؟

فقال مالك: إن لم يرد بذلك طلاقًا فلا شيء عليه.

قال فى «كتاب ابن المواز»: ويحلف على ذلك.

قال مالك: ومعنى قوله : إن أراد به الطلاق فـهو الطلاق، إنما ذلك إن اختارت الشيء الذى خيرها فيه، بمنزلة ما لو خيرها نفسها، وإن لم تختر ذلك فلا شيء لها.

قال ابن المواز عن ابن القاسم: وإن أراد الطلاق فهو البتات ؛ لأنه خيار.

فصل

ومن «المدونة»: ومن قال لرجل: خير امرأتى، فسمعتـه المرأة فاختارت نفسها قبل أن يخيرهـا، فذلك لازم إن جعله رسولاً، وإن أراد تفـويضه إليه، كقولـه خيرها إن شئت أو بكلام دل به على ذلك، فلا خيار لها حتى يخيرها الرجل.

وإن شهد أنه خيـر امرأته ثم ذهب فوطئها قبل أن تعلم، فلها الخـيار إذا علمته، ويعاقب الزوج فى وطئه إياها قبل أن يعلمها.

لأن مـالكًا قال: فـيمن شـرط لامرأته إن تزوج عليـها [ق/ ١٧٦/ ٣أ] أو تسـرر فأمرها بيدها، ثم فعل ذلك وهى لا تعلم لم ينبغ له أن يطأها حتى يعلمها فتقضى أو تترك.

قال ابن القاسم: وإن وطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت.

قال مالك: وكذلك الأمة تعتق تحت عبـد، فلها أن تمنعه من وطئها [ق/ ١٧٠/ ٣ب] حتى تختار أو تترك ، فإن وطئها قبل أن تعلم، فلها الخيار إذا علمت، فإن أمكنته بعد العلم من وطئها فلا خـيار لها ، وإن قال لها : أمرك بيدك، فطلقت نفـسها واحدة، فهى واحدة وله الرجعة، وإن قال لها الزوج: إنما أردت أن تطلق نفسها ثلاثًا، أو تقيم فالواحدة تلزمه ولا قـول له، وإنما يكون للزوج مناكرتها إذا زادت على الواحدة ، أو على الاثنتين.

وإن قالت: قـد طلقت نفسى ألبـتة ، أو اخترت نـفسى ، أو قبلت نفـسى فهى ثلاث، إلا أن يناكرها مكانه، ويحلف فـيلزمه ما نوى من واحدة أو أكـثر، ولا تسأل المرأة هاهنا كم أرادت من الطـلاق، ؛لأنها قـد بينت، وليس لهـا أن تقـول فى هذه الألفاظ: أردت دون الثلاث.

يريد: بعد البناء.

وإن قالت: قـد قبلت، أو قبلت أمرى ، أو طلقـت نفسي، سئلت عن نيتـها ، فيلزم ما نوت، إلا أن يناكرها الزوج فيما زاد على الواحدة.

فإن جهلوا سؤالها فى المجلس حتى مضى شهر، أو شهران ثم سألوها، فقالت: أردت ثلاثًا ، فللزوج مناكرتها فيما زاد على الواحدة.

وإن قالت: لم أرد بقولى : قبلت أو قبلت أمرى طلاقًا، صدقت وكان لها أن تطلق نفسها، الآن ، أو ترد، وإن كان بعد شهرين لأن قبولها ما جعل لها لا يزيله من يدها إلا إيقاف من إمام، أو تترك من ذلك أو توطأ طوعًا، وإن وطئت كرهًا فهى على أمرها.

وقال المغيرة فى «المجموعة»: إذا لم تشترط: أستخير، أو أنظر لم يكن إلا الثلاث.

وقال عبد الملك: إذا قالت : لم أنو شيئًا بقولى : قد قبلت . وقال الزوج: لم أنو شيئًا حين ملكتها. لزمته الثلاث.

ومن غير «المجموعة»: فإذا قال لها: اختاري، أو أمرك بيدك، ولا نية له. فقالت: قد طلقت نفسى ، ولا نية لها أنها طلقة، كالزوج إذا قال لها : أنت طالق. ولا نية له أنها طالق واحدة، ففى التخيير يسقط وفى التمليك تلزمه الواحدة.

ابن المواز: وإذا قالت: طلقت نفسى ، فلتسأل فى التمليك : كم أرادت؟

وروى عنه ابن القاسم: أنها لا تسأل، وهى طلقة واحدة فى التمليك فأما فى الخيار فتسأل فى المجلس فإن قالت : واحدة. سقط خيارها ،وإن افترقا سقط أيضًا.

ابن المواز: وأحب إلى أن تكون فى التمليك طلقة، ولا تسأل فى الخيار بعد جوابها؛ لأنه هو الجواب.

م: تحصيله : إذا خيرها أو ملكها، فقالت: قد طلقت نفسي.

فظاهر «المدونة»: أنها تسئل فى المجلس وبعده : كم أرادت؟ فإن قالت : واحدة لزم فى التمليك وسقط فى الخيار، وإن قالت: ثلاثًا ، لزم فى الخيار، وكان له مناكرتها فى التمليك إن ادعى نية.

وقيل: لا تسأل فى خيار ولا تمليك فى مجلس ولا بعده، وهى واحدة وتسقط فى الخيار، وتلزم فى التمليك.

وقيل: تسأل فى الخيار فى المجلس، ولا تسأل بعده ويسقط خيارها.

ومن «المدونة»: وإن قال لها: قد ملكتك الثلاث، فقالت: أنا طالق ثلاثًا ، فذلك لها لازم.

يريد: وإن قضت بدون الثلاث لم يلزم كالخيار.

وقال ابن حبيب: قال أصبغ: إن قال لها: اختارى فى ثلاث، فاختارت واحدة، فذلك لها، وإن قال لها : من ثلاث فهو أبينه.

وإن قال: اختاري ثلاثًا، أو ملكتك ثلاثًا، ولم يقل : في ولا : من ، فإن اختارت أقل من الثلاث لم يلزمه شيء.

قال ابن سحنون عن أبيه: وإذا قال لها: اختاري في ثلاث ، أو في الثلاث أنها واحدة، ولها الخيار في واحدة أو اثنتين أو ثلاث، ولو قال : من الثلاث أو من ثلاث لم يكن لها الخيار إلا في واحدة واثنتين، لا في ثلاث.

ولو قال لها: أمرك بيدك ثلاثًا. فليس لها إلا الثلاث ، أو الترك، فإن قبلت واحدة فلا شيء لها، ثم إن قالت مكانها: فأنا أقضى بالثلاث إن لم تقبل منه الواحدة، فليس ذلك لها، وإنما لها جواب واحد.

وفي «كتاب ابن القصار»: إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا، فقالت: قد طلقت واحدة ، أو قال لها: طلقي نفسك واحدة ، فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثًا. لم يقع عليها شيء من الطلاق.

ومن «المدونة»: وإذا قال لها: أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت: قد شئت ثلاثًا. لزمته واحدة ، فهذا خلاف قول ابن القصار، ووجه قول ابن القصار فلأنها لم تفعل الصفة التي شرط لها.

ومن «المدونة»: وإن قال لها : أمرك بيدك في أن تطلقي نفسك ثلاثًا. أو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا، فطلقت نفسها واحدة، لم يلزمه كالخيار، وإن ملكها في تطليقتين. يريد: أو في ثلاث فقضت بواحدة، لزمته طلقة، إلا أن يريد بذلك معنى الخيار في أن تطلقي اثنتين، أو تدعي ، وإن [ق/ ١٧١/ ٣ب] قال لها: أمرك بيدك إذا جاء غد، فذلك وقت بخلاف قوله: إذا قدم فلان. وإن قال أمرك بيدك، أمرك بيدك، أمرك بيدك، فطلقت نفسها ثلاثًا سئل الزوج ماذا أراد، فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة، وإن أراد الثلاث فهي الثلاث، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر، ولا مناكرة له.

ابن المواز: قال مالك: وإذا ملكها، فقالت: كم ملكتني؟ فقال: مرة ومرة ومرة، فإن قال: أردت واحدة حلف وصدق.

وقال ابن القاسم في «المجموعة»: هي ثلاث إذا اختارت نفسها ولا مناكرة له، كالقائل: قد طلقتك مرة ومرة ومرة. وهذا أبين.

ومن «المدونة»: وإن قال لها: أمرك بيدك. وأراد ثلاثًا، فطلقت نفسها واحدة،

فذلك لها، وتلزمه طلقة ولها الرجعة. وإن قال لها: أمرك بيدك. وكرر ذلك ثلاثًا، ينوى بالتكرار ثلاثًا ، فقالت: قد طلقت نفسى واحدة بملكها أمرها مرة، ونوى الثلاث، أو لا نية له حين ملكها، فقضت بتطليقة أنها واحدة وله الرجعة.

وفى «المجموعة»: إذا قال: قد ملكتك، وقد ملكتك ، وقد ملكتك، فقضت بالثلاث فهى ثلاث، ولا ينوي، وإن قضت بدون الثلاث فهو ما قضت به، وكذلك إذا قال: قد ملكتك مرة ومرة ومرة، فاختارت نفسها، فهى ثلاث ولا مناكرة له. كالقائل: قد طلقتك مرة ومرة ومرة.

قال مالك: وإن ملكها ولا نية له، فقالت : قد حرمت نفسى ، أو أبنت نفسى، فهى الثلاث.

وإن قال لها: أمرك بيدك. ثم قال لها أيضًا قبل أن تقضي: أمرك بيدك على ألف درهم. فلها القضاء. بالقول الأول بلا غرم. وقوله الثاني: ندم منه. كقول مالك: فيمن قال لزوجته: إن أذنت لك إلى أمك فأنت طالق ألبتة. ثم قال لها بعد ذلك: إن أذنت لك إليها إلا أن يقضى على به سلطان فأنت طالق ثلاثًا.

قال مالك: يلزمه قوله الأول، والثاني: ندم منه. وحكى لنا عن بعض فقهائنا القرويين فى الذى قال لامرأته: أمرك بيدك. ثم قال لها: أمرك بيدك على ألف درهم، فقضت بالثلاث ، فإن ناكرها الزوج، فقال لها: أردت بالكلام الثانى الأول، وحلف على ذلك. لزمته واحدة. فإن أرادت المرأة ودت الألف ، وبانت منه؛ لأنها طلقة بمال. وإن لم ترد دفع [ق/ ١٧٧/ ٣أ] الألف فهى واحدة. وللزوج الرجعة. ولو قال لها : أردت بالكلام الثانى غير الأول ، فناكرها فى الأول لما قضت بالثلاث، فكانت واحدة، فإن أرادت المرأة أن تؤدى الألف، وتأخذه بقوله الثاني، فذلك لها، وتلزم طلقتان، وتبين منه ؛لأنها طلقت على مال، وإن لم ترد أن تدفع الألف فهى طلقة وله الرجعة، وهذا بين. إذا قال الكلام الثانى بعد الأول. وأما بعد طول ، فلا يقبل منه أنه أراد بالكلام الثانى الأول، والثانى تمليك مستأنف وتلزمه طلقتان إن دفعت الألف، وتملك نفسها إذا لم يفترقا من المجلس ، وأما إن افترقا ولم تقض فى الأول فالثانى تمليك مستأنف من قوله الأول ولها أن تقضى فيهما فى الثانى وتكون طلقتان إن رفعت الألف وتملك نفسها .

وإن ملكها قبل البناء أو بعده، فقالت: قد خليت سبيلك . فإن نوت بذلك واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا لزمه ذلك، إلا أن يناكرها فيما زاد على الواحدة، ويحلف إن

ادعى نية، وإن لم ينو شيئًا فهى الثلاث، إلا أن تكون للزوج نية فله ما نوى مع يمينه.

قال ابن وهب: وروى مالك وغيره: أن رجلاً من ثقيف ملك امرأته نفسها، فقالت: قد فارقتك . فقال: بفيك الحجر، فسكت، ثم قالت: قد فارقتك، فقال: بفيك الحجر، ثم قالت: قد فارقتك ، فقال: بفيك الحجر، فاختصما إلى مروان، فاستحلفه ما ملكها إلا واحدة، وردها إليه.

قال مالك: وكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء، ويراه أحسن ما سمع.

قال ابن القاسم: ومن ملك أمر زوجته رجلين، وقال لهما: أمر زوجتى إليكما، أما بأيديكما لم يجز طلاق أحدهما دون الأخر. ورواه ابن وهب وعلى وأشهب عن مالك.

قال ابن القاسم: إلا أن يكونا رسولين، فيلزم الزوج ما طلق أحدهما، وكذلك الوكيلان فى البيع أو الشراء لا يلزم فعل أحدهما إلا بإجتماعهما.

ومن «العتبية»: قال ابن القاسم: وإن قال: طلقا امرأتى ، فأيهما طلق جاز ؛ لأنهما رسولان، وإن طلقا بالبتة، فقال الزوج: لم أرد إلا واحدة. صدق، وإن قال فى ذلك: إن شئتما. لم يجز باجتماعهما به.

قال ابن حبيب: قال أصبغ فى قوله: طلقا امرأتى فهو على وجه التمليك حتى يريد الرسالة، فإذا أرادها وقع الطلاق بقوله، وإن لم يخبراها به.

وقال ابن القاسم: هو على وجه الرسالة حتى يريد التمليك، ويقول: لا يقع الطلاق فى الرسالة حتى يبلغاها.

قال أشهب: فيمن جعل أمر امرأته بيد رجلين فطلق عليه أحدهما بالبتة، والآخر بالواحدة.

قال: لا شىء عليه.

وقال ابن الماجشون: تلزمه واحدة، وهو أحب إلينا، وقاله مطرف، وأصبغ.

وروى عيسى عن ابن القاسم: فيمن ملك أمر امرأته ثلاث رجال، فطلقها واحد واحدة، والثانى اثنتين، والثالث ثلاثًا، فإنما تلزمه واحدة لاجتماعهم عليها.

ومن «المدونة» : قال ابن القاسم: وإن كان حر على أمة فملكها ولا نية له، أو

نوى الثلاث، فقضت بالثلاث، فـهى الثلاث ؛ لأن طلاق الحر الأمة ثلاث، ولو كان عبدًا لزمته طلقتان ؛ لأن ذلك جميع طلاقه قلت : فمن قال لأمرأته : حباك الله يريد بذلك التمليك ، أو قال لـها: لا مرحبًا بك يريد بذلك الإيلاء أو الظهـار، قال: قال مالك: كل كلام ينوى به الطلاق فهو طلاق، فكذلك هذا.

جامع التمليك والتخيير وذكر الأجل والشرط فيه

قال مالك: وإن قال لها: طـلقى نفسك، أو طلاقك بيدك، فذلك كـالتمليك إن قضت بالبتـات ،أو طلقت نفسها ثلاثًا، وقال الزوج: أردت واحدة فـالقول قوله، إذا رد ذلك عليها مكانه، ويحلف وإلا فـالقضاء ما قضت، ولو قـال لها: طلقى نفسك فقـالت له : حرمـت نفسى. أو: اخـترت نفسـي، أو برئت منك أو أنا بائنة منك، فذلك كله ثلاث إن لم يناكرها فى مجلسه، وله مناكـرتها فيما زاد على الواحدة، إن ادعى نية ويحلف. ولو قال لـها: أنت طالق ثلاثًا إن شئت، فذلك كالخـيار لا تلزمه الواحدة إن قضت بها. وإن قال لها: أنت طالق واحـدة إن شئت، فقالت: قد شئت ثلاثًا، لزمته الواحدة.

وإن قال لها: أنت طالق كلما شئت ، فلها أن تقضى مرة بعد مرة، ولا يزول ما بيدها إلا أن ترد ذلك أو توطأ طوعًا أو توقف فلا قضاء لها بعد ذلك.

قال ابن المواز: وإن قال لها: طلقى نفسك متى شئـت، فلها أن تطلق نفسها متى شاءت مرة واحدة فى المجلس أو بعده ، وله أن يناكـرها فيما زاد على الواحدة. وإن قال لهـا: ما شئت وكم شـئت فإنما ذلك لهـا فى المجلس خاصة تطـلق نفسهـا متى شاءت، وكم أرادت فى المجلس لا فى غيره، وليس له أن يناكرها . فهذه ثلاثة أوجه حكمها مفترق. وإن ملكها إلى أجل فلها أن تقضى مكانها.

قال مالك: وإن قال لها: أمرى بيدك إلى سنة ، فإنها توقف متى ما علم بذلك، ولا تترك تحته ، وأمرها بيدها حتى توقف، فتقضى أو ترد.

قال ابن القاسم: وكذلك إن قال لها: إذا أعطيـتنى ألف درهم فأنت طالق، فإنها توقف الأن فتـقضى أو ترد، إلا أن يطأها فى الوجهين طائعـة، فيزول مـا بيدها ولا توقف.

قال ابن حبيب : **قال أصبغ:** إذا جعل أمرها بيدها إلى أجل ،أو بيـد غيرها، فلا يقطع ذلك وطؤه إياها، وإن جعله إلى غير أجل فوطؤه يقطعه وافتراق المجلس.

وقال ابن الماجشون: وإن جعله بيد غيرها فلا يقطعه الوطء، وإن علم به، وبه أقول.

ومن «المدونة»: وإن قال لها: أنت طالق غداً إن شئت، فقالت: أنا طالق الساعة، أو قال لها: أنت طالق الساعة إن شئت، فقالت: أنا طالق غداً، وقع الطلاق فيهما جميعًا الساعة.

قال مالك: ومن ملك امرأته أمرها فقضت بالطلاق إلى أجل فهى طالق مكانها. وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فردت ذلك فلا رد لها ؛ لأن هذا يمين متى دخلت وقع الطلاق ، وبخلاف قوله: أنت طالق كلما شئت؛ لأن هذا غير يمين، وهو من وجه التمليك. وإن قال لها: أمرك بيدك، ثم قال لها: أنت طالق. فإن قضت بواحدة لزمته طلقتان، وإن قضت بالثلاث فله أن يناكرها إن كانت له نية أنه ما ملكها إلا واحدة وتكون اثنتين، وإن خيرها أو ملكها فلم تقض حتى طلقها ثلاثًا أو واحدة، ثم نكحها بعد زوج، أو بعد عدتها من الطلاق فلا قضاء لها؛ لأن هذا ملك مستأنف، ولا ينظر هاهنا إلى ما بقى من طلاق الملك الأول، إذ يثبت ليست بيمين انعقدت عليه، ويعد رضاها بنكاحه قطعًا لما جعل لها كالوطء فى الملك.

قال مالك: وإذا ملكها أمرها، أو ملك أمرها أجنبيًا ثم بدا له، فليس ذلك له والأمر إليها، فإن قاما من المجلس قبل أن يقضيا أعنى المرأة [ق/ ١٧٢/ ٣ب] أو الأجنبي، فلا شيء لهما بعد ذلك فى المجلس فى قول مالك الأول، وبه آخذ . ابن القاسم : ولهما ذلك فى قول مالك الآخر، ما لم يوقفا أو توطأ الزوجة.

وإن خلى هذا الأجنبى بينها وبين زوجها وأمكنه منها، زال ما بيده من أمرها، وإن جعل أمرها بيد رجل يطلق متى شاء فلم يطلق حتى وطئها الزوج [ق/ ١٧٨/ ٣أ] زال ما بيد الرجل.

قال ابن المواز: إلا أن يطأها بغير رضاه وعلمه ،وحكى عن أبى محمد: إذا ملك المدخول بها، ثم طلقها فى المجلس طلقة، فلها أن تقضى ما داما فى المجلس، فى قول مالك الأول، ولها أن تقضى فى قوله الآخر ما لم توقف أو يرتجعها، فتتركه يطؤها، إلا أن تنقضى العدة قبل ذلك ، وإن هى قيدت الخيار بلفظ كقولها: قبلت أمري. فلها أن تقضى فى القولين ما لم توقف ، أو توطأ ، أو تنقضى العدة ، قال: وهذا معنى مسألة الكتاب.

وحكى عن أبى عمران أنه قال: إذا ملكها ثم طلقها واحدة، فانقضت عدتها قبل

أن تقضى، ثم تزوجها بعد ذلك، لم يكن لها أن تقضى، وإنما كان ذلك ؛ لأنه هو لو طلقها بعد انقضاء عدتها لم يلزمه؛ لأنها قد ملكت نفسها، فلا تكون هى أقوى منه حالاً، وسواء قيدت ذلك بقولها: قبلت أو لم تقيده.

قال: ولو ملكها ثم خالعها قبل أن تقضى، ثم تزوجها فى العدة، لم يكن لها أن تقضى؛ لأنها قد ملكت نفسها بالخلع، فلا يراعى العدة، كما لو طلقها بعد الخلع فى العدة، لم يقع عليها شيء فلا تكون هى أقوى حالاً منه فى إيقاع الطلاق.

ومن «المدونة»: **قال ابن القاسم**: فإن لم يطأ الزوج حتى مرض ، فطلقها الوكيل فى مرض الزوج لزمه الطلاق وترثه ؛ لأن مالكًا.

قال فى التى تفتدى من زوجها فى مرضه: إنها ترثه، والتى قال لها فى صحته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق ألبتة، فدخلتها وهو مريض أنها ترثه.

قال ابن المواز: ومن ملك رجلاً فملك الرجل غيره وطلق، فذلك غير لازم، وكذلك لا يوصى به إلى غيره.

وقد قال ابن القاسم: فى التى جعل أمرها بيد أمها إن غاب فماتت الأم ، فإن أوصت الأم بذلك بعينه إلى أحد، فذلك له، وإن لم توص به إلى أحد فذلك للابنة فيما رأيت من قول مالك.

وقال أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ: ليس لها أن توصى به إلى أحد، والشرط ساقط يوم ماتت الأم، ومسألة الأم فى «كتاب بيع الخيار» من المدونة.

ومن «المدونة»: وإن شرط لها فى عقد النكاح إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج فقضت بالثلاث فلا مناكرة له، وذلك لازم.

قال فى «كتاب الأيمان بالطلاق» : بنى بها أم لا، ولو قالت: اشهدوا متى ما فعل زوجى ذلك فقد اخترت نفسى ، فذلك يلزمه . قاله مالك.

وقيل: لا يلزمه، والأول أصوب.

ومن «المدونة»: وإن طلقت نفسها واحدة ، وقد بنى بها فله الرجعة ، وإن لم يبن بها بانت بالواحدة، وإن طلقت واحدة ولم توقف ، فليس لها أن تزيد عليها ، كالتى توقف فتطلق واحدة، فقد تركت ما زاد عليها، ولو نكح عليها امرأة فلم تقض فلها أن تقضى إن نكح عليها ثانية أى الطلاق شاءت، وتحلف ما رضيت إلا بالأولى وما

تركت الذى لها، ولو طلق الأولى ثم راجعها بنكاح فللمكة القضاء، وليس رضاها بها أولا بلازم لها مرة أخرى.

ومن «كتاب التخيير»: قال ابن القاسم: وإن كان تبرع بهذا الشرط بعد العقد فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة إن ادعى نية، ويحلف.

قال ابن المواز: وإن شرط فى عقد نكاحها إن تزوج عليها فأمر التى يتزوج بيد الأولى، فتزوج فقضت بالثلاث، فناكرها، فإن كان بعد بنائه بالثانية فلا مناكرة له، وإن كان قبل بنائه فله أن يناكرها.

قال سحنون: وروى بعض أصحابنا عن ابن القاسم: فيمن شرط لامرأته إن تزوج عليها فأمر الجديدة بيدها، فتزوج عليها سرًا، ولم تعلم حتى طلق القديمة. قال: لها أن تقضى.

وقال سحنون: إن كان طلاقه إياها بائنًا، فلا شيء لها، وإن كان غير بائن فلها أن تقضى.

ومن «العتبية»: روى عيسى عن ابن القاسم: فيمن شرط لزوجته إن تزوجت عليك فأمرها بيدك، أو قال لها: بيد أبيك فلم تقض هى أو الأب شهرًا، ثم أراد من ذلك بيده أن تقضي. قال: إن أشهد أن ذلك بيده، ينظر فيه، فذلك له ما لم يدخل بالجديدة فلا شيء لهما، وإن لم يشهد حتى نكح الثانية وفقد زال ما بأيديهما.

قال ابن المواز: وإذا كان لها شرط تمليك إن تسرر أو تزوج عليها فأذنت له. فقال ابن القاسم، ومالك، وأصبغ: ذلك جائز له.

وقال أشهب: لا يجوز، فإن فعل فأمرها بيدها، إلا أن يكون فى الشرط إلا أن يتزوج بإذنها.

ابن المواز : ومن حجته أنها أذنت فيما لم تملكه.

م: كتسليم الشفعة قبل الشراء.

قال ابن المواز: وإن أعطته مالا على أن يطلقها ثلاثًا، فطلقها واحدة، أو على أن يملكها ففعل، فقضت بواحدة، فالمال له وهى لازمة له واحدة بائن، ولا حجة لها إذ نالت بها ما نالت بالثلاث. وإن أعطته مالاً على أن يخيرها ففعل فقضت بالثلاث، فله أن يناكرها ما دام فى المجلس؛ لأن الواحدة تبينها؛ ولأنه كالفدا فهى كالتى لم يدخل بها.

جامع القول فى الحرام وألبتة والبرية والخلية والبائن وما يلزم من معانى الطلاق

وفيمن قال: اعتدى أو كررى الطلاق، أو أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق، أو خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق، ونيته فى ذلك الطلاق، وذكر الطلاق بالقلب وسمى الله سبحانه بغير اسم ، فقال: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾(١).

وقال: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾(٢) ، وقال: ﴿أَوْ سَرِّحُوهُنَّ﴾(٣)، فكل ما قارب ذلك من ألفاظ الطلاق فله حكمة.

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام: «**من بت امرأته فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره**»(٤). وقال عمر وابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة والتابعين: إن ألبتة كالثلاث.

قال على بن أبى طالب: ويعاقب من طلق ألبتة.

وقال عمر وعلى وابن عمر فى الحرام: أنها ثلاث.

وكذلك قال على وابن عمر فى البائن والخلية والبرية.

قال زيد بن أسلم فى قدر الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾(٥) إنما سبب ذلك أنه - ﷺ - حلف بالله أن لا يطأ أم ولده إبراهيم ، واسمها مارية القبطية، ثم قال بعد ذلك: هى على حرام، فأمره الله تعالى أن يكفر بقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾(٦) (٧). فكانت كفارته ليمينه لا لتحريمه.

والطلاق من حدود الله سبحانه ومما يرهب أن يتعدى فيه حدود الله ، وقد جاء أن هزله جد.

---

(١) الطلاق (١).
(٢) الطلاق (٢).
(٣) البقرة (٢٣١).
(٤) أخرجه البخاري (٥٧٤٠) ومسلم (٢٦٦٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٥) التحريم (١).
(٦) التحريم (٢).
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة (١٥٥٠٩).

قال مالك: ومن قال لزوجته قبل البناء أو بعده: أنت على حرام. فهى ثلاث، ولا ينوى فى المدخول بها ،وله نية فى غير [ق/١٧٩/٣أ] المدخول بها فى واحدة فأكثر منها .

م: لأنها تبين منه وتحرم عليه بالواحدة ، وأما المدخول بها فلا تحرم أو تبين إلا بالثلاث إلا فى طلقة يكون معها فداء، فذلك فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها.

قال ابن القاسم: وإن قال لها : لم أرد بذلك الطلاق وإنما أردت الظهار، لم يصدق. وهذا لما قدمنا فى «كتاب الظهار»، أن مكانى الطلاق لا تكون ظهارًا وإن نوى به الظهار، والحجة فى ذلك فى «كتاب الظهار».

ومن «المدونة» : قال مالك: وإن قال: كل حلال على حرام، ونوى عموم التحريم، فلا يلزمه شيء إلا فى زوجاته نواهن حين تكلم بذلك أم لا، وبين منه، إلا أن يحاشيهن بقلبه أو بلسانه، فيكون ذلك له، وينوى ولا شيء عليه فى غيرهن مما حرم عليه من ماله ، أو أمهات أولاده ، أو لبس ثوب ، أو طعام ، أو غيره، قال: ولا تلزمه فى ذلك كفارة يمين.

قال ابن القاسم: وإن نوى به اليمين.

وقال ربيعة: من قال: الحلال على حرام ، فهو يمين إذا حلف أنه لم يرد بها امرأته ، ولو أفردها كانت طالقًا ألبتة ، وقاله ابن شهاب إلا أنه لم يجعل فيها يمينًا، وقال: ينكل على أيمان اللبس.

وقوله: إلا أنه لم يجعل فيها يمينًا.

يريد: أنه لا تجعل فيها كفارة يمين، لا أنه لا يحلف لأن من أصل ابن شهاب أن يحلف فى مثل هذا.

وروى نحوه عن أبى عمران قال، ورواه أشهب عن مالك.

م: فمذهب مالك فى المدونة فى القائل: الحلال على حرام ، أن الزوجة داخلة حتى يخرجها بقلبه أو بلسانه.

ومذهب ربيعة وابن شهاب: أنها خارجة حتى يدخلها بنيته، غير أن ربيعة يحلفه، فإذا حلف، جعل عليه كفارة يمين. ورواه أشهب عن مالك.

وابن شهاب يحلفه ولا يجعل عليه كفارة يمين ولمالك نحوه .

قال ابن حبيب: قال أصبغ: إذا قال: الحلال على حرام، أو حرام على كل ما أحل الله ، أو كل ما انقلب إليه حرام، أو انقلب إلى حرام، فذلك كله تحريم، إلا أن يحاشى امرأته وأما قوله : على حرام، فلا شىء عليه.

م: إلا أن يقصد بذلك زوجته.

وأما القائل: كل ما أعيش فيه حرام، ولا نية له.

قال ابن المواز: لا شىء عليه ، وقال بعض فقهائنا: وأعرف فيها قولاً آخر: أن زوجته تحرم عليه ، كالقائل: الحلال على حرام ، وأظنه فى السليمانية.

وقيل لأبى عمران: إن الناس يقصدون به تحريم الزوجة.

فقال: إذا صار ذلك عادة لهم، لزم بذلك الطلاق.

قال أبو عمران: وإذا قال لزوجته: يا حرام.

فقال محمد بن عبد الحكم: لا شىء عليه، ولا نص فيها لغيره، وذلك إذا كان فى بلد لا يريدون به الطلاق، وهو كقوله: إنك سحت وحرام،وهو كقوله ذلك لماله.

قال ابن المواز: قال أشهب عن مالك فيمن قال لزوجته: رأس من رأسك حرام. قال : [ق/ ١٧٣/ ٣ب] يلزمه الطلاق.

قال عيسى عن ابن القاسم فى «العتبية»: إذا قال لها: وجهى من وجهك حرام. قال: فهى ألبتة.

قال ابن القاسم: وإن قال لزوجته: قد حرمتك على ، أو حرمت نفسى عليك فهو سواء.

قال ابن القاسم: قال مالك: وكذلك : طلقتك وأنا طالق منك سواء وهى طالق، وإن قال لها: أنت على حرام، ثم قال: لم أرد بذلك الطلاق وإنما أردت الكذب، أردت أن أخبرها أنها حرام وليست بحرام ، فإن التحريم يلزمه ولا ينوي.

قال ابن القاسم: وقد سئل مالك عما يشبه هذا، فلم يجعل له نية. أخبرنى من أثق به: أن مالكًا سئل عن رجل لاعب امرأته، فأخذت بفرجه على وجه التلذذ فنهاها فأبت ، فقال لها : هو عليك حرام، وقال : أردت أن أحرم أن تمسه، ولم أرد بذلك تحريمًا [امرأتى] فتوقف فيها مالك، وتخوف أن يكون قد حنث فيها.

ورأى غيره من أهل المدينة: أن التحريم يلزمه. وهذا عندى أخف ممن نوى

الكذب فى التحريم. ولم أقل لك أن التحريم يلزم صاحب الفرج، ولكن فى مسألتك فى التحريم يلزمه ولا ينوى.

قال مالك: وإن قال لزوجته: أنت طالق ألبتة فهى ثلاث، فإن قال: أردت واحدة. لم يقبل منه قبل البناء ولا بعده، ويؤخذ الناس بما لفظت به ألسنتهم من أمر الطلاق.

قال ابن القاسم: ولا يدين فيه.

وقد قال عمر لشريح : ومن قال: ألبتة فقد رمى الغرض الأقصى.

وقد قال عمر بن عبد العزيز: لو كان الطلاق ألفًا ما أبقت ألبتة منه شيئًا.

م: وقيل: ينوى قبل البناء.

ووجهه: أن بتات العصمة قبل البناء يحصل بالواحدة، فوجب أن يقبل منه ولأن ألبتة كناية عن زوال العصمة كالخلية وابرية ووجه قول من قال : لا يقبل منه : أن ألبتة عن الثلاث، فوجب أن لا تقبل فيها النية كما لو نطق بالثلاث، ولأن ألبتة لا تتبعض فقوله: أردت بها واحدة، كقوله: أردت بعض ألبتة، أو أردت بعض طلقة أنه يلزمه جميعها.

ومن «المدونة» : قال مالك: ومن قال لزوجته : أنت على كالميتة، أو كالدم أو كلحم الخنزير، فهى ثلاث، وإن لم ينو به الطلاق ، وإن قال: حبلك على غاربك فهى ثلاث، ولا ينوى ؛ لأن هذا لا يقوله أحد وقد أبقى من الطلاق شيئًا.

قال ابن المواز: وهذا بعد البناء ، وأما إن قال قبل البناء : أردت واحدة ، فله نيته، ويحلف وإن لم يكن له نية قبل البناء فهى ثلاث.

وقد ذكر مالك فى «المدونة» و«الموطأ» أنه بلغه عن عمر أنه نواه.

قال مالك: فى «كتاب ابن المواز»: ولو ثبت عندى أن عمر قاله ما خالفناه.

قال غيره: ولم يبين فى حديث عمر دخل أو لم يدخل.

م: فيحتمل إن صح أنه فى التى لم يدخل بها.

ومن «المدونة»: وإن قال لها: أنت خليه ، أو برية ، أو بائنة ، ثم قال: منى أو منك. أو لم يقل ، أو وهبتك، أو رددتك إلى أهلك.

قال عبد العزيز: أو إلى أبيك، فذلك فى المدخول بها ثلاث ، ولا ينوى فى دونها قبل الموهوبة أهلها أو ردوها، وله نيته فى ذلك كله إن لم يدخل بها فى واحدة

فأكثر منها، فإن لم تكن له نية فذلك ثلاث فيهن.

قال يحيى بن سعيد وأبو الزناد وربيعة وابن شهاب وزيد بن أبى أسلم: فى الموهوبة : أنها ثلاث. وقاله مالك.

قال ابن المواز : قال ابن القاسم فى القائل: وهبت لك طلاقك : إنها ألبتة، ولا ينفعه إن قال: نويت واحدة ، وكذلك إن قال: وهبت لك نفسك، أو فراقك، ولا ينظر إلى المرأة قبلت أو لم تقبل ، إلا عند خلع، فيقبل منه.

وكذلك فى «العتبية»، قال: ولا ينظر إلى قبولها إلا أن يقول: إن أعطيتنى كذا وهبت لك طلاقك ، أو فراقك، فلا شيء عليه حتى تقبل هى وتنفعه النية، أنه أراد واحدة وإلا لزمته الثلاث.

ومن «المدونة»: قال ربيعة وابن شهاب: فى الخلية والبرية [ق/ ١٨٠/ ٣أ] والبائنة: إنها ثلاث فى المدخول بها، وإن لم يدخل بها فهى واحدة.

قال ابن القاسم: وأما قوله: أنا منك بات أو أنت منى باتة، فلا ينوى قبل البناء ولا بعده أنه أراد واحدة وتلزمه الثلاث، وإن قال: برئت منى أو بنت منى أو أنت خلية ، وقال: لم أرد بذلك الطلاق ، فإن تقدم كلام يكون هذا جوابه يدل على أنه لم يرد به الطلاق، صدق وإلا فقد بانت منه، إذا كان كلاما مبتدءاً.

وإن قال: أردت به الظهار، لم يصدق. وقد تقدم هذا ، وإن قال لها: أنا خلى أو برى ، أو بائن ، أو بات ، قال: منك أو لم يقل . أو قال: أنت خليه أو برية أو بائنة، قال: منى أو لم يقل، إلا أنه قال فى هذا كله لم يرد به الطلاق، فإن تقدم كلام من غير الطلاق يكون هذا جوابه، فلا شيء عليه، ويدين وإلا لزمه ذلك، ولا تنفعه نيته ، وإن قال لها بعد البناء: أنت طالق واحدة بائنة فهى ثلاث، وكذلك إن قال لها: الحقى بأهلك، أو استترى أو ادخلى ، أو اخرجى أو تقنعى. يريد بقوله ذلك واحدة بائنة فهى ثلاث.

وإن قال : أنت طالق طلقة لا رجعة لى عليك فيها ، فهى واحدة، وله الرجعة، ولا يضره ما قال ، أو نوى، إلا أن ينوى بقوله: لا رجعة لى عليك فيها الثلاث، فيكون كذلك.

قال محمد بن عبد الحكم: وإن قال: أنت طالق ولا رجعة لى عليك. فله الرجعة، وإن قال: لا رجعة لى عليك، فهى البتات ،كقوله: أنت طالق واحدة بائنة.

قال أبو القاسم ابن الكاتب: مسألة ابن عبد الحكم ليست كمسألة الكتاب؛ لأن مسألة الكتاب قد بين أنه: إنما طلقها طلقة واحدة. وفى مسألة ابن عبد الحكم لم يذكر طلقة، وإنما قال: أنت طالق لا رجعة لى عليك فهى البتات، وليس كمن قال: أنت طالق طلاق الخلع؛ لأن طلاق الخلع إنما هو واحدة بائنة.

يريد: على مذهب ابن القاسم.

وفى «كتاب إرخاء الستور»: إيعابها.

ومن «المدونة»: وإن قالت له: أود لو فرج الله لى من صحبتك ، فقال لها: أنت بائنة أو خلية أو برية، أو باتة ، أو قال لها: أنا منك بائن أو خلى أو برى أو بات، ثم قال: لم أرد به الطلاق ، وإنما أردت بالبائن فرجة بيننا.

لزمه الطلاق. ولا ينوي، كما لو سألته الطلاق فقال لها: أنت بائن، ثم قال: لم أرد الطلاق، لم يصدق؛ لأنه جواب لسؤالها. وإن قال: قد خليت سبيلك، وقد بنى، أو لم بين فله نيته فى واحدة فأكثر منها، فإن لم تكن له نية فهى ثلاث.

قال ابن وهب عن مالك: وقوله : قد خليت سبيلك وكقوله قد فارقتك قال ابن المواز : وروى عن مالك فى قوله : قد خليت سبيلك وفى قد فارقتك : أنها واحدة حتى ينوى أكثر منها ، بنى بها أو لم يبن، وهو أصح قوله وقاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب.

قال أبو محمد: وقاله ابن عبد الحكم، وقال أشهب فى قد خليت سبيلك: إنها ثلاث، ولا أنويه إلا أن يكون لم يدخل بها، وسرحتك واحدة، حتى يريد أكثر.

قال ابن المواز: سرحتك مثل خليتك . إن قال فيهما: لم أرد طلاقًا فذلك له ويحلف ، إلا أن يكون جوابًا لسؤالها فى الطلاق.

فصل

وكل ما قرب من ألفاظ الطلاق فهو طلاق، وكذلك من أراد بغير ألفاظ الطلاق طلاقًا فهو طلاق، كما جعل الله الرمز وهو الإيماء كالكلام بقوله عز وجل : ﴿ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزًا﴾ (١)، وكما كان ما فعله المتلاعنان من تلاعنهما وتفرقتهما طلاقًا، وإن لم يلفظ به، وكذلك روى فى المختلعة لما ردت عليه الحديقة فأخذها كان ذلك طلاقًا.

قال ابن القاسم: ومن قال لزوجته: اعتدى اعتدى اعتدى ، ولم تكن له نية فهى

---

(١) آل عمران (٤١).

ثلاث عند مالك.

قال مالك : وهذا مثل : أنت طالق أنت طالق أنت طالق، نسقًا فهى ثلاث، إلا أن ينوى واحـدة، بنى بهـا أو لم يبن ، وإن قال لهـا: أنت طالق ، اعـتدى، فـهى طلقتان. إلا أن ينوى إعلامها أن عليها العدة ، فتلزمه واحدة.

قال ابن حبيب: وروى عن الحسن : فيمن قال لزوجته: أنت طالق فاعتدى، فهى واحدة.

وإن قال: أنت طالق واعتدى، فهى طلقتان ولا ينوي.

وقال ابن القاسم فى «المجموعة»: وإن قال لها: أنت طالق واعتدى، فهى طلقتان ولا ينوي.

وإن قال : أنت طالق اعتدى، وأنت طالق فاعـتدى، لزمته طلقتان، إلا أن ينوى واحدة. وما تقدم للـحسن من قوله: أنت طالق فاعتدى أنهـا واحدة، فصواب. وإن قال كلامًا مبتدءًا : اعتـدى لزمه الطلاق، وسئل عن نيته، كم نوى، أواحدة أو أكثر؟ فـإن لم تكن له نية فـهى واحـدة، وإن لم يرد به الطلاق، وكـان جوابًا لكلام قـبله كدراهم تعدها ونحوه فلا شيء عليه.

وإن قال لها: أنت طالـق ، ونوى اثنتين أو ثلاثًا فهو ما نوى، وإن لم ينو شـيئًا فهى واحدة. لأن قوله : أنت طالق كلام محـتمل للواحدة والثلاث، واللفظ المحتمل يرجع فيه إلى نية قائله، فإن لم تكن لـه نية فاحمله على أول أسماء الطلاق ، وذلك طلقة.

ومن «المدونة» : **قال ابـن القاسم**: وإن قال لهـا: أنت طالق الطلاق كله ، فـهو ثلاث.

فصل

وإن أراد أن يطلق ثلاثًا أو يحلف بها، فقال: أنت طالق ، ثم سكت عن ذكر الثلاث، أو تمادى فى يمينه إن كان حالفًا فهى واحدة، إلا أن ينوى بلفظه : طالق الثلاث، فيكون ثلاثًا، ولو أخذ ليحلف على شيء، فلما قال: أنت طالق ثلاثًا بدا له فصمت ، فلا شيء عليه.

فصل

وإن قال : حكيمة طالق ، وله جارية وزوجة تسميان حكيمة فقال: نويت الجارية، فإن كان عليه بينة لم يقبل منه، وتطلق الزوجة، وإن لم يكن عليه بينة فله ذلك فى الفتيا.

قال مالك: ولو حلف للسلطان بطلاق امرأته طائعًا فى أمر كذب فيه؛ وقال: نويت امرأتى الميتة، فلا ينوى فى القضاء ولا فى الفتيا؛ لأنه قال: امرأتي، وتطلق امرأته.

وإن قال لزوجته: أنت طالق ألبتة، ثم قال: والله ما أردت بقولى : ألبتة طلاقها، وإنما أردت واحدة فزل لسانى فلفظت بالبتة فهى ثلاث.

قال مالك: واجتمع رأيى فيها، ورأى غيرى من فقهاء المدينة: أنها ثلاث ألبتة.

قال سحنون: والذى قال: ألبتة، وقد كانت عليه بينة ، فلذلك لم ينوه مالك.

وقال عن ابن القاسم فى غير المدونة: إنها ألبتة ، ولا ينوى فى قضاء ولا فتيا.

قال: وقال ابن نافع وعلى عن مالك: إنه يدين فيما بينه وبين الله، وكل هذه الأقوال عن مالك.

ومن «المدونة»، قلت لابن القاسم: فمن قال لامرأته: أنت طالق؛ وقال: نويت من وثاق ،ولم أرد به الطلاق، ولا بينة عليه وجاء مستفتيًا. قال: أرى الطلاق يلزمه.

وقد قال مالك: فيمن قال لامرأته كلامًا مبتدءًا أنت برية [ق/ ١٨١/ ٣أ] ولم ينو به الطلاق، فهى طالق، ولا ينفعه ما أراد من ذلك بقلبه، وكذلك مسألتك.

وقد قال مالك: يؤخذ الناس فى الطلاق بألفاظهم ولا تنفعهم نياتهم فى ذلك، إلا أن يكون جوابًا للكلام كان قبله، فلا شيء عليه.

وقال مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم: إذا كانت فى وثاق فقال: أنت طالق.

يعنى من الوثاق ودينته، ونويته.

م: ولا يخالف ابن القاسم ذلك إذا سئل فى تركها، فقال لها: أنت طالق.

وقال: أردت من الوثاق ؛ لأنه بساط جوابه.

وأما لو كانت وثاق، فقال لها كلامًا مبتدءًا : أنت طالق، ثم قال: أردت من الوثاق، فهذا يحتمل أن لا ينويه ابن القاسم ، ويخالف مطرفًا فى ذلك.

ومن «المدونة»: قال ابن القاسم: ومن خطب إلى رجل ابنته ،فقال له: هى أختك من الرضاع ، ثم قال لها بعد ذلك: والله ما كنت إلا كاذبًا.

فقال مالك: لا يتزوجها.

وإن قال لزوجته: إلحقى بأهلك، ولم ينو طلاقًا فلا شيء عليه. وإن نوى طلاقًا فهو ما نوى من واحدة فأكثر. وكذلك إن قال لها: يا فلانة، أو أنت حرة ، أو أخرجى أو أدخلى ، أو تقنعى ، أو أخزاك الله ، أو كلى ، أو اشربى، أو كلامًا ليس من ألفاظ الطلاق، فلا شيء عليه، إلا أن ينوى بذلك الطلاق، فيلزمه ما نوى من واحدة فأكثر.

قال عبد الوهاب: وقيل: لا يكون طلاقًا وإن نوى به الطلاق.

فوجه الأول : أنه لفظ قصد به الطلاق ، وأمر الطلاق مبنى على الاحتياط والتغليظ، فوجب أن يلزمه كما لو هزل بالطلاق، فإنه يلزمه .

ووجه القول أنه لا يلزمه : الاتفاق أنه لو ضربها أو لمسها بيده، وقال: أردت الطلاق. أنه لا يكون طلاقًا ؛ لأن ذلك ليس بصريح طلاق، ولا كناية عنه فكذلك هذا.

وأما الطلاق بالقلب بغير نطق فروايتان.

فوجه إيقاعه: أن اعتقاد القلب لما كان لابد منه وكان حظ النطق إفهام الغير وتعبير ما فى النفس جرى مجرى الخط والرمز غير ذلك مما وضع جرى مجرى الإخبار عما فى نفس القائل؛ ولأنه نوع تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد.

وإن عرى من النطق [أصله الكفر] ووجـه نفيه: قوله ـ ﷺ ـ : « **إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها، ما لم تنطق به أو تـعمل به**»(١). ولأنه أحد طرفى العقد فكان نطقًا كالنكاح [ولأنه مـعنى] يتعلق به تحريم الوطء ،فلم يقع باعتقـاد كالبيع. وقال أبو جعفر الأبهرى محتجًا: أن الطلاق يقع بالقلب ، فقال: إن حقيقة الكلام فى القلب، واللسان هو المعبر عنه والترجمان له.

قال الشاعر:

إن الكلام لفى الفؤاد وإنما ... جعـل اللسان على الفؤاد دليلا

قال: وكما تكون الردة بالقلب وإن لم يلفظ بذلك ،ويكون كافرًا، فكذلك هذا.

وذكـر عن ابن الكـاتب أنه قـال: الردة لا تشبـه هذا ؛ لأن الإيمان من أعـمـال القلب، فإذا اعتقد الكفر الذى هو ضده كان كافرًا، والطلاق ليس من أعمال القلب. قال الله تعالى: ﴿**وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ**﴾(٢).

وسميع لا يكون إلا للنطق، فقد بين الطلاق لا يلزم إلا باللفظ، لا بالاعتقاد.

ومن «المدونة»: قال ابـن القاسم: وأما إن أراد أن يلفـظ بأحرف [ق/ ١٧٤/ ٣ب] الطلاق فلفظ بما ليس من ألفـاظه غلطًا، فلا شيء عليه، حتـى ينوى أنها بما يلفظ به طالق، فيلزمه ما ذكرنا، ولو أجابت الزوجة بغير ألفاظ الطلاق عندما ملكها، لم يقبل منها أنها أرادت بذلـك الطلاق؛ لأنها مدعية ، وكـذلك تمليك العتق والزوج إذا نوى بغير ألفاظ الطلاق طلاقًا. مقر على نفسه، فيؤخذ بذلك الإقرار.

قال مالك: وإن قال لها: يا أمه أو يا أخته أو يا عمه أو يا خاله، فلا شيء عليه، وذلك من كلام السـفه، وإن قال لهـا: لست لى بامرأة، أو مـا أنت لى بامرأة أو لم أتزوجك ، أو قال له الرجل: ألك زوجة ؟ فـقال: لا، فلا شيء عليه فى ذلك، إلا أن ينوى بذلك الطلاق ، وإن قال لها: لا ملك لى عليك، أو لا سبيل لى عليك ولا نكاح بينى وبينك، فلا شيء عليه إذا كان هذا الكلام [عتابًا] إلا أن ينوى بقوله هذا الطلاق.

قال أبو محـمد: ظاهر كلامه يدل أنه لو لم تكن له نيـة أو لم يكن الكلام عتابًا

---

(١) أخرجه البخاري (٦٢٩٨) ومسلم (٢٠٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) البقرة (٢٢٧).

أنه يلزمه الطلاق ، وقوله : إلا أن ينوى به الطلاق يريد وإن كان عتابًا ونوى بهذه الألفاظ الطلاق أنه يلزمه.

قال فى «كتاب العتق الأول»: ومن قال لعبده: لا سبيل لى عليك ، أو لا ملك لى عليك، فإن تقدمه كلام قبل هذا يدل على أنه لم يرد به الحرية صدق السيد، وإن كان كلامًا مبتدءًا عتق عليه العبد.

قال ابن القرطى والأبياني: ومن قال: لا عصمة لى عليك فهى ثلاث، إلا أن يكون معها [فداء] فتكون واحدة بائنة.

قال أبو محمد: وذلك صواب كما قلنا ، إذا قال لزوجته : لا ملك لى عليك، ولم يكن الكلام عتابًا، وكما يكون ذلك فى العبد حرية.

ومن «الواضحة» : قال مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن عبد الحكم وابن القاسم: ومن قال لامرأته: اجمعى عليك ثيابك، أو لا حاجة بى إليك، أو لا نكاح بينى وبينك ، أو لا سبيل لى إليك أو اذهبى لأهلك ، أو لا تحلين لى ، أو احتالى لنفسك ، أو أنت سائبة، أو منى عتيقة ، أو ليس بينى وبينك حلال ولا حرام أو يا مطلقة ، أو اعتزلى أو تأخرى عنى ، أو انتقلى عني، فذلك كله سواء بنى بها أو لم يبن، لا شيء عليه، إلا أن ينوى طلاقًا فيكون ما نوى.

ومن «المدونة» : قال ابن شهاب: وإن قال لها: أنت سائبة ، أو منى عتيقة، أو ليس بينى وبينك حلال ولا حرام فليحلف بالله الذى لا إله إلا هو ما أراد بذلك طلاقًا، ولا شيء عليه، فإن نكل وزعم أنه أراد به الطلاق، كان ما أراد من الطلاق، ويحلف على ذلك وينكل من قال مثل هذا بعقوبة موجعة؛ لأنه لبس على نفسه وعلى حكام المسلمين [وذكر] القاسم بن محمد أن عبدًا كانت تحته حرة ، فكلمه فيها [أهلها] فقال : شأنكم بها ، قال القاسم: فرأى الناس ذلك طلاقًا.

وقال فى « الموطأ »: فرأى الناس ذلك تطليقة.

قال مالك فى «كتاب محمد»: وليس العمل على هذا ، ولا أدرى أى الناس رأى فى هذا أنها تطليقة واحدة ، وأنا أرى أنه إن كان لم يدخل بها فهى واحدة، إلا أن ينوى أكثر، وإن كان بعد البناء فهى ثلاث ولا ينوي.

وفى «مختصر ابن عبد الحكم الكبير»: إنه إذا قال فى المدخول بها: نويت بها واحدة فذلك له.

ومن «المدونة»: قال ربيعة ، وزيد بن أسلم: وإن قال لامرأته: لا سبيل لى عليك، دين وكذلك إن قال: لا تحلين لى ، فإنه يدين؛ لأنه إن شاء قال: أردت الظهار أو اليمين.

قال ابن المواز: ويحلف.

ومن «المدونة»: قال عطاء بن أبى رباح: ومن قال: والله ما لى امرأة، فهى كذبة، وقاله عمر وابن عمر.

قال ابن شهاب وربيعة: وإن قال لها: أنت السراح ، فهى واحدة، إلا أن ينوى بذلك الطلاق.

وروى عن الأوزاعى ، وقال جماعة من الصحابة فى الخلية والبرية والبائنة: أنها ثلاث.

وقد ذكرنا ذلك قبل هذا.

تم كتاب التخيير والتمليك بحمد الله تعالى وحسن عونه وتوفيقه [ق/ ١٨٢/ ٣أ]

تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس إن شاء الله تعالى

فهرس الموضوعات

الموضوع — الصفحة

AL-JĀMIᶜ LI MASĀ'IL AL-MUDAWWANA WA AL-MUḪTALAṬA

THE COMPILER OF THE MATTERS OF «AL MOUDAWWANA AND AL MUKHTALATA»

by

Abi Bakr ben Abdullah Ibn Yunus al-Siqilli

(D. 451 H.)

edited by

Abu al-Fadel al-Dimyati (Ahmad ben Ali)